Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Josef Scheffler

Amtsrichter in Kattowitz.

ACAD. LEGUM RAT. BIBL.

KATTOWITZ.

Druck von Gebrüder Böhm.

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Vollstreckungsgegenklage im allgemeinen und in Anwendung auf Urteile.

§ 2. Geschichte der Gegenklage 3
§ 3. Die Gegenklage in der Reichszivilprozeßordnung. 9
§ 4. Voraussetzungen, Klagegrund, Inhalt der Entscheidung. . . 11
§ 5. Die Wirkungen des Gegenklageurteils. 13

II. Die vollstreckbare Urkunde.

§ 6. Wesen der Urkunde 15
§ 7. Form der Urkunde 23
§ 8. Inhalt der Urkunde. 24

III. Die Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden.

§ 9. Prozeßvoraussetzungen 26
§ 10. Rechtliche Natur der Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden 28
§ 11. Klagegrund, Inhalt der Entscheidung 30
§ 12. Wirkungen des Urteils 40
§ 13. Heilung der Mängel im Gegenklageverfahren 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0051

§ 1.

Einleitung.

Die Voraussetzungen[1]) der Zwangsvollstreckung, d. h. die Bedingungen, unter denen der Staat zur Verwirklichung von Ansprüchen seine Rechtsschutzmittel zur Verfügung [2]) stellt, betreffen entweder ihre unentbehrlichen Grundlagen oder die äußeren Formen, in denen sie sich halten muß. Man teilt sie deshalb auch in materielle und formelle Voraussetzungen ein.[3]) Auch sind sie nicht sämtlich gleich wesentlich. Gewisse Verstöße bei der Vollstreckung ziehen nur relative Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) nach sich oder sind ohne Einfluß auf ihre Wirksamkeit. Wann die eine oder andere Folge eintritt, ist im einzelnen sehr bestritten. Manche Schriftsteller nehmen beim Mangel einer formellen Bedingung Nichtigkeit, bei dem einer materiellen nur Anfechtbarkeit an.[4]) Bei formell ungültigem Titel ist die Pfändung in jedem Falle nichtig. Der Titel bildet den Kernpunkt im ganzen Vollstreckungsverfahren. Mängel im Anspruch [5]) hingegen berühren, jedenfalls bei Vollstreckung aus einem Urteil, die Wirk-

---

[1]) Bloße Ordnungsvorschriften scheiden hier aus.

[2]) Einen besonderen Anspruch auf Rechtsschutz (hier Vollstreckungsanspruch) anzunehmen, besteht kein Bedürfnis. Vergl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 73 ff., sowie Geib in Fischer's Abhandl. zum Privatrecht, Bd. 18, 1, S. 32, 44, 157 und An. 4, 164 und An. 2; a. M. Langheineken, Der Urteilsanspruch, S. 162 ff.; Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, Berlin 1904, S. 11 ff.; Gmelin, Die Vollstreckbarkeit 1898, S. 15 ff.; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 372; Hellwig in Fischer's Abhandl., Bd. 5, 1, S. 491 ff.; Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.P.O., An. zu § 767.

[3]) Müller, a. a. O. S. 4, 18, 11, welcher formelle und materielle „Bedingungen" unterscheidet; Gaupp-Stein, Vorbem. z. § 704.

[4]) Müller, a. a. O. S. 5, 19 ff.

[5]) Einen formell gültigen Titel vorausgesetzt.

samkeit der Vollstreckung zunächst nicht.[1]) Unter den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ist die materielle Seite des Urteils nicht betont. Die Vollstreckung ist schlechthin aus rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Urteilen zulässig, also zunächst und äußerlich von dem Fortbestande der ihnen zu Grunde liegenden Forderung unabhängig. Der Titel braucht nicht ein „materiell begründeter“ [2]) zu sein; das Urteil erscheint von dem in ihm festgestellten materiellrechtlichen Verhältnis losgelöst.[3]) Es gilt auch im Vollstreckungsverfahren das Prinzip des formalen Rechtsbestandes.[4]) Aber abgesehen davon, daß der Schuldtitel z. B. durch Abänderung in der höheren Instanz in Wegfall kommen kann, ist dem Schuldner auch im § 767 Z.P.O. das Recht eingeräumt, innerhalb gewisser Schranken Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen und ihm dadurch seine Kraft als Zwangsvollstreckungstitel zu entziehen (sogen. Vollstreckungsgegenklage.[5])

Zu den vollstreckbaren Schuldtiteln gehören neben den Urteilen auch die vollstreckbaren Urkunden. Auf diese finden die Vorschriften der §§ 704 ff. Z.P.O., somit auch die über die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 795 Z.P.O. Anwendung, allerdings nur entsprechende Anwendung, mithin nur insoweit als sie mit dem Wesen der Gegenklage und der vollstreckbaren Urkunde vereinbar sind. Schon hieraus erhellt, daß sich die Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden anders gestalten muß wie beim Urteil. Es kommt hinzu, daß bei ersteren die einschränkende Bestimmung des § 767 Abs. 2 gemäß § 797 Abs. 4 Z.P.O. wegfällt. Die Zivilprozeßordnung hat aber eine erschöpfende Spezialisierung der Abweichungen vermieden. Neben der zeitlichen Grenze der Einwendungen wird nur die Zuständigkeit geregelt. Es ist deshalb von Interesse und soll im folgenden versucht werden, die Besonderheiten der Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden systematisch darzustellen. Zuvor muß aber die rechtliche Natur der Gegenklage und der vollstreckbaren Urkunden soweit klar gestellt werden als es der verfolgte Zweck erfordert.

---

[1]) Es ist die erfolgte Vollstreckungsmaßregel besonders gemäß §§ 775, 776 Z.P.O. zu beseitigen.

[2]) Langheineken a. a. O. S. 163.

[3]) Gaupp-Stein, Vorbem. II zum 8. Buche; Geib in Fischers Abhandl., Bd. 18, 1, S. 125, An. 1, Bd. 17, 1, S. 52 ff.

[4]) Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwickelung, S. 5, und Nußbaum in Fischers Abhandl., Bd. 17, 1, S. 5.

[5]) Kohler, Arch. f. civ. Pr. 72, S. 4.

I. Die Vollstreckungsgegenklage im allgemeinen und in Anwendung auf Urteile.

§ 2.

Geschichte der Gegenklage.

Die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 Z.P.O.) hat ihre Grundlage im römischen Recht.

Das kondemnierende Urteil erzeugte iudicati obligatio et actio.[1]) Die Entscheidung war sofort rechtskräftig. Es waren jedoch Einwendungen gegen die Gültigkeit[2]) oder den Fortbestand des Judikats, bei laesio und iusta causa sowie auf Grund besonderen Privilegs[3]) auch Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis zugelassen.[4]) Die Zwangsvollstreckung wurde beim Magistrat beantragt.[5]) War der Schuldner geständig, so wurde ohne Einräumung einer weiteren Zahlungsfrist sofort die Exekution verhängt. Eine erneute Verurteilung war nach dem Grundsatz „confessus pro iudicato habetur" nicht notwendig.[6]) Bestritt der Schuldner die obligatio iudicati, so mußte der Gläubiger zunächst ihre Feststellung im Wege der Klage (actio iudicati) herbeiführen. Daß diese Klage der Vollstreckung in jedem Falle vorausgehen mußte, ist nicht anzunehmen. Be-

---

[1]) l. 4 § 7 D. de re iud. 42, 1; Puchta, Kursus der Institutionen II, §§ 175, 179; Keller, Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, §§ 71, 73; Buchka, Die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis, I, S. 333.

[2]) Infolge des römischen Grundsatzes: nec est iudicatum, sententia nulla; vergl. Skedl a. a. O. S. 1; Linde, Handbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, V, §§ 226, 277; Bethmann Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung, § 35; Girard, Geschichte und Syst. d. röm. R., S. 1145.

[3]) l. 36 D. de minor. 4, 4 und l. 1 C de iur. et facti ign. 1, 18; Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, § 47, An. 121—123; Puchta, II, § 179 S. 198 und An. c, § 170 An. x; Keller, § 35. An. 388; Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, II, § 101 S. 56; Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati, S. 43, 91.

[4]) Wetzell § 60 und Wenger S. 19.

[5]) postulatio; so auch Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, II S. 186 ff.; Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts, III, §§ 137, 138; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, II, § 90 und Linde, Handbuch, a. a. O., Bd. 5, § 227 S. 403.

[6]) Wenger S. 14 und 15, An. 44.

gehrte doch im Legisaktionenprozeß [1]) der Gläubiger mit der legis actio per manus iniectionem nach Ablauf der dreißigtägigen Frist unter den Worten „Quod tu mihi iudicatus es, ob eam rem ego tibi manus injicio" sofort [2]) die addictio. Zu einem Judikatsprozeß kam es nur, falls für den Schuldner ein vindex auftrat und die obligatio iudicati bestritt.[3]) Die Argumente Eisele's[4]) und Wenger's [5]) gegen die von Bekker[6]) zitierten Quellenstellen sind nicht überzeugend. In D. ad S. C. Treb. 36, 1 l. 80 § 15 [7]) handelt es sich nicht um bloße Fortsetzung des Prozesses gegen die Erben, sondern um direkte Vollstreckung eines gegen den Erblasser ergangenen Urteils gegen den Erben. Nach dem Zusammenhange ist exsequi dort ebensowenig wie in D. de pecul. 15, 1 l. 51 [8]) im weiteren Sinne von agere gebraucht. In D. de re iud. 42, 1 l. 4 § 4 und 8 wird die actio iudicati bis zur Beendigung der Exekution (exsecutio, ordo exsecutionis) gegeben.[9]) Der Judikatsprozeß schob sich also zwischen das Exekutionsverfahren und den bisherigen Rechtsstreit ein und nahm diesen in gewisser Weise wieder auf.[10]) Beide Verfahren sind in D. de fideiuss. 46, 1 l. 8 § 3 als tota causa bezeichnet. Die Exekution gehörte nicht mehr zum Rechtsstreit.[11]) Sie lag den Magistraten, nicht dem iudex ob.[12]) Die actio iudicati war aber eine materielle, keine bloße Exekutionsklage. Ihren Klagegrund bildete die neue Obligation auf iudicatum facere oportere. Die intentio wird bei der zivilen Formel „si paret iudicatum

---

[1]) Vergl. Bethmann Hollweg, Bd. I § 38, S. 124, 125, An. 7 und § 45 und 53; Karlowa, Der römische Zivilprozeß zur Zeit der Legisaktionen, S. 158, 188, 322, 346 ff.; Eisele, a.a.O. S. 142 ff.; Keller, a.a.O. § 19, 36 und 83; Rudorff in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 318.

[2]) Zimmern, a. a. O. III, § 32.

[3]) Zimmern, III, §§ 44 bis 47.

[4]) In seinen Abhandlungen zum römischen Zivilprozeß, S. 128 ff.

[5]) a. a. O. S. 3 ff. Ebensowenig folgt aus C. de iur. et fact. l. 18, l. (S. 229), D. de iud. 5, l. 75 (S. 232) und D. de re iud. 41, l. 27 (S. 241), daß im Kognitionsverfahren die Exekution mit der actio iudicati eingeleitet wurde; das „exegi exsequi" spricht eher dagegen.

[6]) a. a. O. S. 185.

[7]) Eisele S. 133; Wenger S. 6.

[8]) Eisele S. 134; Wenger S. 8.

[9]) Eisele S. 129; Wenger S. 5.

[10]) Linde, Handbuch a. a. O. § 227 und Zimmern a. a. O. § 167.

[11]) Wenger S. 16.

[12]) Eisele S. 131; Heldmann, Die Judikatsklage. Diss. Marburg 1895, S. 7; Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 10, S. 254; Bayer, Vorträge über d. gem. ordentl. Zivilprozeß, S. 705.

facere oportere", bei der prätorischen „si paret Num Ao S X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse" rekonstruiert.[1]) Die condemnatio ging regelmäßig auf das Doppelte des Judikats.[2]) In dem angeordneten iudicium wurde, falls das Bestreiten Erfolg hatte, regelmäßig die actio iudicati abgewiesen und damit das Urteil in seinen Wirkungen beseitigt.[3]) In gewissen Fällen erfolgte Verurteilung in ein reduziertes simplum.[4])

Im Kognitionsverfahren war der Magistrat zugleich Richter und Vollstreckungsorgan. Materielle Einwendungen waren wie bisher gestattet. Die Verurteilung erfolgte jetzt nur in simplum soweit der Anspruch bestand. Die Strafe des Doppelten war inzwischen fortgefallen.[5])

Gewisse Einwendungen gegen rechtskräftige Urteile konnten übrigens auch angriffsweise geltend gemacht werden. Bei Nichtigkeit des Judikats war eine besondere Klage, die revocatio in duplum[6]) möglich. Unterlag der Schuldner mit der revocatio, so traf ihn die Strafe des Duplums wie bei der Verurteilung aus der actio iudicati.[7]) Im anderen Falle wurde das erste Urteil beseitigt.[8]) Nach Abschaffung des Duplums bei der Judikatsklage trat an Stelle der revocatio in duplum eine einfache Nichtigkeitsbeschwerde (querela).[9]) Außerdem

---

[1]) Eisele, a. a. O. S. 155; Wenger a. a. O. S. 97.

[2]) Puchta, a. a. O., II, § 181, S. 219; Rudorff, a. a. O. S. 312, 317, 320; Zimmern, a. a. O., III, § 138; Bethmann Hollweg, II, S. 634, 730 ff.; Schweppe, Römische Rechtsgeschichte und Rechtsaltertümer, § 574, S. 831; Wenger S. 39, 42, An. 43 und S. 43, 56, 69 ff.

[3]) Nichtigkeit wurde weder in der Formel noch in der Entscheidung besonders hervorgehoben, vergl. Wenger S. 98 ff.; offenbar a. M. Linde, Handbuch a. a. O. Bd. 5 § 227, S. 404 und An. 4. Vergl. auch Zimmern, a. a. O. § 138.

[4]) Z. B. bei Geltendmachung des beneficium competentiae in id quod debitor facere potest.

[5]) Wenger S. 226 ff.

[6]) Skedl, S. 2, An. 3; Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, S. 1145, Buch 4, Tit. 2, Abschnitt II, Nr. 2; Wenger S. 36; Rudorff in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 311 ff.; Zimmern § 168; Eisele S. 162, 167, 169 hält eine angriffsweise Nichtigkeitsbeschwerde (in duplum ire) nur nach Zahlung des Judikats bei iudicia quae imperio continentur für gerechtfertigt und zulässig.

[7]) Wetzell § 60, S. 726; Rudorff in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 467.

[8]) Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, II, S. 286 und Girard a. a. O. S. 1145.

[9]) Rudorff in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 311, 338, 476 ff.; Keller, a. a. O. § 82; Puchta, a. a. O. II, § 181, S. 219,

gab es auch gegen Judikate eine selbständige restitutio in integrum. Sie war beim Gericht derjenigen Sache nachzusuchen, in welcher der Nachteil eingetreten, hemmte die Exekution und führte nach Reszission des bisherigen Urteils zu einer neuen materiellen Entscheidung. Eine bereits eingeleitete Exekution wurde alsdann aufgehoben. [1])

Im gemeinen deutschen Prozeß bestanden die actio iudicati und der Exekutionsantrag (imploratio officii iudicis)[2]) nebeneinander. Die älteren Praktiker hielten beide streng auseinander. Die actio iudicati [3]) war nach der einen Auffassung nur in bestimmten Fällen zulässig, nach der anderen mit gewissen Vorzügen gegenüber der bloßen imploratio verbunden. Die neuere Lehre verwarf mit Recht diese Unterscheidung als historisch unrichtig.[4]) Beide waren auf die neu geschaffene obligatio iudicati gestützt. Einer förmlichen Klage bedurfte es grundsätzlich nicht. Vollstreckungsorgan war regelmäßig dasselbe Gericht, welches das Urteil gefällt hatte.[5]) Die Exekution wurde als Fortsetzung des Prozesses betrachtet, auch in den bisherigen Akten weiter verhandelt.[6]) Eine Klage war nur erforderlich, falls der Gläubiger ein anderes Gericht angehen wollte.[7]) Die Klagbitte ging bei der actio iudicati wie bei der imploratio zunächst auf Einleitung der Exekution. Das Gericht erließ hierauf als Vollstreckungsgericht das praeceptum executionis an den Schuldner, d. h. den Befehl, binnen einer bestimmten Frist dem Judikat zu genügen,

---

§ 179 An. c. und d; Bethmann-Hollweg, II, S. 726; Wetzell § 60, S. 727 ff.; Linde, Handbuch a. a. O., Bd. 5, § 227.

[1]) Wetzell § 53, S. 643, 636, An. 99 und 638.

[2]) Buchka a. a. O. II, S. 214; Wenger S. 3, An. 9; Wetzell § 47 und 73; Linde a. a. O. §§ 171 An. 19 und 370; Danz, Der gemeine deutsche Zivilprozeß, § 458; Schmid a. a. O. § 223.

[3]) Einige wollten bei ihr nur die Grundsätze des summarischen Prozesses gelten lassen; vergl. Buchka a. a. O. S. 214.

[4]) Buchka a. a. O. S. 215; Wetzell a. a. O. §§ 47, 73; a. M. Linde, Handbuch, §§ 370, 371.

[5]) Wetzell § 47; Schmid a. a. O., § 222, Nr. 7; Bayer a. a. O. S. 705; Linde, Lehrbuch des deutschen gemein. Zivilprozesses, § 369; Mittermaier, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, § 6 S. 122.

[6]) Wetzell § 47; Mittermaier, § 6, S. 122 und 143.

[7]) Wetzell, § 47, Anm. 115 und § 73; Linde, Lehrbuch, § 369; Danz § 458 An. a; a. M. Buchka, S. 216; Schmid § 222, Nr. 7; Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, § 263; Bayer S. 706.

falls er nicht zugleich mit dem Urteil ergangen war.[1]) Innerhalb dieser Frist (Paritionsfrist) waren Einwendungen gegen das Judikat im bisherigen Umfange, bei Nichtigkeit des Urteils jedoch nur heilbare Mängel zulässig;[2]) über die sog. privilegierten Einreden herrschte seit dem jüngsten Reichsabschied Streit.[3]) Unterblieben die Einwendungen, so wurde die Exekution verfügt. Erst beim Bestreiten des Judikats trat die actio iudicati nach außen hin hervor. Das Gericht wurde jetzt als Prozeßgericht tätig. Seine doppelte Funktion zeigte sich deutlich, sobald die Vollstreckung durch Ersuchen eines anderen Gerichts erfolgte. Hier erkannte über formelle Einwendungen das ersuchte, über materielle das ersuchende Gericht.[4]) Von einem Judikatsprozeß im römischrechtlichen Sinne war aber nicht mehr die Rede. Die Herbeiführung der Exekution galt als unmittelbarer Zweck der actio iudicati.[5]) Materielle Einwendungen wurden als Einreden in der Exekutionsinstanz[6]) bezeichnet und in summarischem[7]) Verfahren durch eine Art Vor- oder Zwischenentscheidung[8]) verworfen oder für begründet erklärt.[9]) Eine besondere Abweisung der actio iudicati erfolgte nicht; nochmalige Verurteilung[10]) hielt man mit dem Zweck sowie Fundament der Klage, einem rechtskräftig festgestellten Anspruch, für unvereinbar.[11]) Die Entscheidung war

---

[1]) Linde, Lehrbuch, § 371; Bayer S. 262 und 704 ff.; Danz § 463; Schmid § 223; vergl. auch Mittermaier § 6 S. 122.

[2]) Wetzell a. a. O. § 60; vergl. auch Fischers Abhandl., Bd. 17, 1, S. 6.

[3]) Wetzell § 47, An. 119 bis 123; Bayer S. 709; Danz § 186; Schmid § 101 unter Berufung auf §§ 37, 78 d. J. Reichsabschieds; Martin § 97; Linde, Lehrbuch a. a. O. §§ 376 und 203.

[4]) Schmid § 222, Nr. 7; Bayer S. 707, Martin § 263; Linde, Lehrbuch, § 376; Danz § 458 und An. d.

[5]) Wetzell §§ 47, 73; Buchka S. 216; Keller § 304, „Die actio iudicati ist eine Klage auf Exekution"; derselbe, Litiskontestation und Urteil, S. 202.

[6]) Schmid § 101; Wetzell § 73, An. 7; R.G. Bd. 33, Nr. 99 und Senff, Arch., Bd. 50, S. 275.

[7]) Wetzell §§ 47, 73; Linde, Lehrbuch, § 376, Nr. 1 b; Schmid § 101; Danz §§ 186, 187; Neurodes, Pragmatische Erläuterung des jüngsten Reichsabschiedes, § 159 und An. 325, S. 652 ff.; Martin § 269; Bayer S. 710.

[8]) Buchka S. 216; Schmid § 227 S. 374.

[9]) Danz § 426, II, Nr. 4.

[10]) Wetzell § 47; Buchka S. 216.

[11]) Unter Umständen ließ man eine erneute Verurteilung des Schuldners im ordentlichen Verfahren zu. Seuff. Arch., Bd. 29, Nr. 83 und 276, Bd. 42, Nr. 3 sowie Bd. 44, Nr. 61.

selbständig anfechtbar.[1]) Nach Eintritt der Rechtskraft wurde die Exekution angeordnet oder das Exekutionsgesuch zurückgewiesen.[2]) Einwendungen, die nach Anordnung der Exekution vorgebracht wurden, hemmten ihren Fortgang grundsätzlich[3]) nicht. Drangen sie endgültig durch, so wurde das Exekutionsdekret aufgehoben.[4])

Eine angriffsweise Anfechtung des rechtskräftigen Judikats war auch jetzt nur bei Nichtigkeit durch Nichtigkeitsbeschwerde[5]) sowie bei laesio und iusta causa durch prozessuale Restitution möglich.[6]) Die Nichtigkeitsbeschwerde war aber auf unheilbare Mängel beschränkt.[7]) Beide Rechtsmittel verfolgten den Zweck, das frühere Urteil durch ein neues zu ersetzen.[8]) Suspensiveffekt hatte nur die Restitution.[9])

Im preußischen Prozeßrecht war die actio iudicati nur ausnahmsweise zugelassen, aber in allen Fällen eine reguläre Klage, die zur Abweisung oder Verurteilung führte. Die Vollstreckung selbst wurde stets durch ein Exekutionsgesuch beim Prozeßgericht erster Instanz nachgesucht.[10]) Materielle Einwendungen, von denen nur Zahlung, Kompensation, Erlaß und Vergleich zulässig waren, mußte der Schuldner dem Exekutionsgericht sofort anzeigen.[11]) Über sie entschied auch im preußischen Recht das Gericht als Prozeßgericht. Nach § 40 Tit. 24 Allg. Gerichtsordnung war auf Aufhebung oder Fortsetzung der Exekution zu erkennen, falls der Einwand in dem

---

[1]) Wetzell § 54, Nr. 1; Schmid § 227; Danz § 426; vergl. auch Mittermaier S. 122.

[2]) Wetzell § 47, 73; Danz S. 426.

[3]) Wetzell § 53.

[4]) Schmid § 223; Bayer S. 709; Martin § 269 und Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 20, S. 332; Seuff. Arch., Bd. 17, Nr. 192, Bd. 20, Nr. 190, Bd. 24, Nr. 295; Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 10,S. 254.

[5]) Sie war eine Fortbildung der revocatio in duplum und der querela; vergl. Wetzell § 60, S. 730; a. M. Skedl § 1 ff.

[6]) Wetzell §§ 53 und 60.

[7]) Defectus insanabilis; vergl. Wetzell § 60, S. 738 ff.

[8]) Wetzel § 60, S. 571 ff.

[9]) Danz § 412; Wetzell §§ 53, 60; Linde, Handbuch a. a. O., Bd. 5, § 284.

[10]) Soweit notwendig durch Ersuchen eines anderen Gerichts; vergl. Allg. Gerichtsordnung, Tit. 24, §§ 22 ff.; Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten, Bd. 26, S. 94 ff.

[11]) Koch, Die Prozeßordnung nach ihrer heutigen Geltung, 1871, § 36 ff.; vergl. auch Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung von v. Kamptz, Bd. 16 Nr. 9 S. 234 ff.

„Erkenntnisse“ für begründet oder unbegründet erklärt worden, d. h. es mußte zunächst eine besondere materielle Entscheidung ergehen, ehe über das Exekutionsverfahren selbst befunden wurde.

Nichtigkeit [1]) wie Läsion des Urteils konnten nur noch im Wege besonderer Rechtsmittel, Nichtigkeitsbeschwerde und Restitution, geltend gemacht werden. Sie waren beide gegen rechtskräftige Urteile zulässig und ersetzten die frühere Entscheidung durch eine neue.[2]) Die Nichtigkeitsbeschwerde hatte Revisionscharakter, hemmte aber die Exekution nicht.[3]) Die Restitution war auf zwei Fälle beschränkt.[4])

§ 3.

Die Gegenklage in der Reichszivilprozeßordnung.

Nach der Reichszivilprozeßordnung erfolgt die Zwangsvollstreckung regelmäßig durch besondere Organe, vor allen Dingen durch den der Richterqualität ermangelnden Gerichtsvollzieher oder einen Einzelrichter. Materielle Einwendungen sind infolgedessen dem Urteil gegenüber verteidigungsweise nicht mehr zulässig und auf den Weg der Klage verwiesen (§ 767 Z.P.O.). Die Entscheidung ist einem von der Vollstreckungsbehörde gesonderten Gericht, beim Urteil dem, welches den Titel geschaffen, übertragen. Durch Umkehrung der Parteirollen hat die Rechtslage keine Veränderung erfahren; es handelt sich nach wie vor um einen Streit über das Judikat (den im Urteil festgestellten Anspruch). Die Gegenklage aus § 767 Z.P.O. ist also eine actio iudicati, mithin gleich dieser ein außerordentlicher Rechtsbehelf.[5]) Ihr Ziel ist Aufhebung [6]) oder Abänderung

---

[1]) An die Stelle der römischen Nullitätsgrundsätze trat hier das Prinzip der Formalkraft der Entscheidung. Vergl. Skedl, a. a. O. S. 5.

[2]) Linde, Handbuch, Bd. 5, §§ 273, 294; Verordnung vom 14. Dezember 1833, § 17; Allg. Ger. Ordg., Tit. 16, § 16.

[3]) Verordnung vom 14. Dezember 1833, §§ 4 bis 20; Linde, a. a. O. Bd. 5, § 273.

[4]) Allgemeine Gerichtsordnung Titel 16, §§ 12 bis 19.

[5]) Fischer, Die Vollstreckbarkeit, in der Festgabe für F. Dahn, Teil III, S. 84 An. 1. Die Motive stehen mit dieser Auffassung nicht im Widerspruch, Hahn, Materialien zur Z.P.O. II, S. 437 III; Prot. S. 1997 ff. Andere Rechtsbehelfe in Form der Klage sind die Anfechtungs- und Wiederaufhebungsklage bei der Entmündigung (§§ 664, 679 Z.P.O.), sowie die Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§§ 578 Z. P.O. ff.).

[6]) Hellwig, a. a. O. S. 491, 496, 166 An. 12; Schmid, Lehrbuch des Zivilprozesses, S. 1012; Oetker, Konkursrecht. Fragen S. 86 „(Kläger begehrt vom Richter, daß er den Titel ... vernichte.)“

der früheren Entscheidung.[1]) Das kondemnierende Urteil ist ohne Rücksicht auf den Fortbestand der Forderung vollstreckbar.[2]) Die Entscheidung ist also, um seiner Wirkung entkleidet zu werden, in irgend einer Weise zu beseitigen,[3]) soweit sie mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch steht. Ihre Beseitigung ist nur durch Aufhebung oder Abänderung nicht durch bloßes Feststellungsurteil[4]) zu erreichen.[5]) Das Feststellungsurteil entscheidet nur über den materiellen Anspruch, ohne die formelle Vollstreckbarkeit aufzuheben.[6]) Das rechtskräftige Urteil bleibt, solange es besteht, auch

---

[1]) Im römischen Recht war Aufhebung des früheren Urteils grundsätzlich nicht erforderlich. Dort wurde die bisherige obligatio iudicati auch im neuen Urteil konsumiert und dadurch ihre Realisierung verhindert.

[2]) So die herrschende Meinung; vergl. S. 2 An. 3.

[3]) Die Gegenklage gleicht insofern mehr der römischrechtlichen revocatio in duplum, die auch das erste Urteil beseitigte, vergl. oben S. 5.

[4]) Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, II, S. 383; Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 29, S. 14 ff.; Archiv für ziv. Pr., Bd. 80, S. 145 ff.; Seuffert, Z.P.O. An. 1 a zu § 767; Langheineken a. a. O. S. 179 ff.; Gmelin S. 23 ff. und Hommel, Über materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen, S. 39 nehmen zu Unrecht eine formelle Feststellungsklage (Wegfall des publ. Vollstreckungsanspruchs) an. Die Vollstreckbarkeit erlischt nicht ipso iure mit dem privatrechtlichen Anspruch. Vergl. Fischer's Abhandl. 17, 1, S. 53 und 18, 1 S. 38, 123.

[5]) Fischer's Abhandl., Bd. 17, 1, S. 52.

[6]) Die Annahme einer Feststellungsklage aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung erscheint aus folgender Erwägung nicht gerechtfertigt. Die nicht valutierte Grundschuld (Fehlen oder Wegfall der causa), die hier zum Vergleich herangezogen wird (Pagenstecher a. a. O. S. 374, An. 879), gibt dem Schuldner nur eine condictio gemäß §§ 812 ff. B.G.B., während der Judikatsanspruch mit dem Schuldverhältnis ohne weiteres erlischt. Wie nicht die valutierte Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren behandelt wird, ist für diese Frage unerheblich (R.G. Bd. 60, S. 254 ff.; Planck, B.G.B. An. 5 zu § 1192). Der Vollstreckungstitel repräsentiert also keine Leistung (vergl. Wach, Der Feststellungsanspruch S. 18). Eine analoge Anwendung der Ausnahmevorschrift im § 812 Abs. 2 B.G.B., die abstrakte Rechtsgeschäfte wie Leistungen behandelt, ist hier ausgeschlossen. Solange die Forderung nicht wenigstens teilweise beigetrieben, ist eine condictio unbegründet. Wäre die Gegenauffassung richtig, die condictio sine causa oder ob causam finitam jeder Zeit, auch während der Zwangsvollstreckung gegeben, so erübrigte sich die Klage aus § 767 Z.P.O. Vergl. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 167, An. 143; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, I, S. 213, 258, 580, sowie Konkursrechtliche Fragen, S. 86, nimmt eine condictio sine causa an. Nach seiner Ansicht erfährt der Kläger durch den fortwirkenden Vollstreckungstitel gewissermaßen eine ungerechtfertigte Bereicherung (publizistischer Art). Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 828 B.G.B. S. 107 ff.

vollstreckbar (§ 704 Z.P.O.) Die Vollstreckbarkeit für sich allein kann ihm überhaupt nicht, dem vorläufig vollstreckbaren nur im Wege der Berufung (§ 718 Z.P.O.) entzogen werden.[1]) Die Gegenklage gehört deshalb im System der Zivilprozeßordnung neben die Klage aus § 323,[2]) die mit ihr auf einer Stufe steht und nur einen besonderen Fall der Gegenklage behandelt. Bei ihr spricht das Gesetz ausdrücklich von einer Aufhebung des früheren Urteils.[3])

§ 4.

Voraussetzungen, Klagegrund, Inhalt der Entscheidung.

Kläger ist bei der heutigen Gegenklage der Vollstreckungsschuldner, d. h. derjenige, gegen welchen der Anspruch festgestellt, welcher im Schuldtitel oder in der Vollstreckungsklausel als Schuldner genannt ist; Beklagter derjenige, der den Anspruch betätigt, dem die vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, im Falle des § 432 B.G.B. sämtliche Gläubiger.[4]) Die Klage aus § 767 ist mit einem besonderen Gerichtsstande geschaffen worden.[5]) Es soll möglichst der Richter entscheiden, der mit dem Hauptprozeß befaßt war. Sie unterliegt nicht der Verjährung,[6]) ist auch an keine bestimmte Frist gebunden

faßt sie als condictio ob causam finitam auf, erhoben in der Form der negativen Feststellungsklage. — Als Leistungsklage, gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung (Wilmowski und Lewy, Z.P.O., An. 1, 3 und 7 zu § 686; Reincke, Z.P.O., An. 1 zu § 767; Hommel a. a. O. S. 38) vermag die Gegenklage dem praktischen Bedürfnis nicht zu genügen. Der Gläubiger könnte nach Verurteilung zur Rückgewähr des Empfangenen die Vollstreckung von neuem beginnen. Der gleichen Gefahr ist der Schuldner ausgesetzt, falls er nur Schadenersatzansprüche geltend macht; es empfiehlt sich, diese Klage mit der Hauptklage zu verbinden.

[1]) A. M. Gaupp-Stein, An. 1 zu § 767; Petersen, An. 13 zu § 767; Fischers Abhandl., Bd. 17, 1, S. 52 ff., Bd. 16, 2, § 17, S. 209 und § 19, S. 226; Kisch a. a. O. S. 165 ff.; Balog in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, S. 162 ff., die eine rechtsgestaltende Klage auf Beseitigung der Vollstreckbarkeit annehmen.

[2]) Fischer, Vollstreckbarkeit, a. a. O., Teil III, S. 84, An. 1.

[3]) In beiden Fällen soll die Entscheidung abgeändert oder aufgehoben werden, weil sie mit der materiellen Rechtslage nicht mehr übereinstimmt. Im § 767 ist der Anspruch selbst weggefallen oder modifiziert, im § 323 das Rechtsverhältnis, aus dem er entstanden, verändert worden, so daß das bisherige Urteil nicht mehr der Billigkeit entspricht.

[4]) Falkmann a. a. O. S. 387.

[5]) Auch soll der Schuldner nicht auf die Klage aus § 256 Z.P.O. angewiesen sein.

[6]) Falkmann a. a. O. S. 389; Petersen, An. 2 zu § 767; Seuffert, An. 9 zu § 767; Gaupp-Stein, Z.P.O., An. II c zu § 767.

Gegenstand der Verjährung bilden nur Ansprüche im Sinne des § 194 B.G.B.; unter sie fällt nicht der Klageanspruch d. h. das vom Kläger geltend gemachte, begründete oder unbegründete Begehren.[1]) Die Gegenklage ist bereits vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung zulässig.[2]) Nicht bloß einer einzelnen Vollstreckungsmaßregel soll vorgebeugt, sondern entschieden werden, ob der Titel überhaupt noch zu Recht besteht. Die konkrete Vollstreckung gibt gewöhnlich nur die Veranlassung zur Erhebung der Klage.

Die Gegenklage ist bei Urteilen auf Einwendungen beschränkt, die nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr erhoben werden können. (§ 767 Abs. 2 Z.P.O.) Sogen. privilegierte Einreden kommen nicht mehr in Frage; Nichtigkeit und Läsion sind wie im preußischen Recht ausschließlich im Wege besonderer Rechtsmittel geltend zu machen (§§ 578 ff.). Über die Zulässigkeit der Einwendungen[3]) im einzelnen entscheidet das bürgerliche Recht.[4])

---

[1]) Flechtheim in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 25, S. 413 ff., 437.

[2]) Gaupp-Stein, An. II c zu § 767; Falkmann, S. 383, 384 An. 6; Arch. f. ziv. Pr. 72 S. 12; David, Die vollstr. Urkunden der Zivilprozeßordnung, S. 29 ff.; Wilmowski und Lewy, An. 3 zu § 686; Hommel a. a. O. S. 38.

[3]) Streitigkeiten über die Auslegung, den Inhalt oder die Tragweite des Urteils scheiden hier ohne weiteres aus. Vergl. Falkmann, S. 388; Müller, a. a. O. S. 28 ff.

[4]) Hierher gehören insbesondere Erfüllung des Anspruchs, Hinterlegung, Aufrechnung mit später entstandenen Gegenforderungen, Erlaß, Vergleich, Zwangsvergleich, Stundung, Verjährung, Schuldübernahme, Beendigung des ehemännlichen Rechts am Frauengut, Eintritt der Nacherbfolge, der auflösenden Bedingung, Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Gläubiger oder Schuldner, Unmöglichkeit der Erfüllung, Übertragung, Überweisung, Pfändung des Anspruchs, Eröffnung des Konkurses, Übergang der Verfügung der Frau auf den Ehemann, Verzicht auf die Vollstreckung des Titels oder die Geltendmachung der Rechtskraft, die Rechtswohltat des Inventars (§§ 780 bis 784 Z.P.O.), des Notbedarfs, das Recht des Miterben, bis zur Teilung des Nachlasses die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen zu verweigern, die nach den §§ 419, 1480, 1504, 2014 ff., 2187 B.G.B. eintretende beschränkte Haftung, Wahlrecht des Schuldners, Zug um Zug-Erfüllung, Erlaß einer jüngeren günstigeren Entscheidung, Wechsel der Gesetzgebung (Beseitigung des dem Urteil zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses), Rücknahme der Klage nach Einlegung des Einspruchs oder der Berufung, vertragswidriges Verhalten des Gläubigers bei Verurteilung zu einer künftigen Leistung gemäß § 259 Z.P.O.; vergl. Falkmann S. 388 ff.; Petersen An. 3 zu § 767.

Den Klagegrund bildet die Gesamtheit der Tatsachen, welche die Veränderung der materiellen Rechtslage in einer bestimmten Richtung (Wegfall, Hemmung des Anspruchs) bewirkt haben.[1]) Wie die Änderung eingetreten (Zahlung, Stundung), ist unerheblich. Eine Klageänderung liegt somit bei einer auf Erlöschen des Anspruchs gestützten Klage nicht vor, wenn zunächst Zahlung, später Aufrechnung behauptet wird. Im Rahmen der §§ 264, 268, 527 Z.P.O. kann der Schuldner früher entstandene, ihm bekannte, wie auch später entstandene Einwendungen vorbringen. Hiermit steht § 767 Abs. 3 Z.P.O. nicht im Widerspruch. Er besagt nicht den endgiltigen Ausschluß des Schuldners mit allen ihm bei Erhebung der Klage bekannten Einwendungen, sondern bezweckt nur die Erledigung aller Einwendungen in einem Prozeß.[2])

Im Urteil auf die Gegenklage ist das bisherige aufzuheben, sofern und soweit der Anspruch erloschen oder durch Vergleich reduziert ist. In den übrigen Fällen, also bei Hemmung oder Modifikation, empfiehlt es sich, stets auf Abänderung [3]) des früheren Urteils zu erkennen. Eine Entscheidung, daß der Schuldner zur Leistung in der veränderten Form verpflichtet sei, ist unzulässig, auch im § 775 Z.P.O. nicht berücksichtigt. Die neue Leistung ist im ersten Urteil nicht mehr festgestellt; es kann also nicht als Grundlage der Vollstreckung dienen.

§ 5.

Die Wirkungen des Gegenklageurteils.

Beim Urteil auf die Gegenklage sind Haupt- und Nebenwirkungen [4]) zu scheiden. Die ersteren fallen mit den Rechtskraftwirkungen[5]) zusammen, beziehen sich also nur auf den materiellen Anspruch. Für sie ist entscheidend,[6]) wieweit die Klage durchdringt.

---

[1]) Nicht die einzelnen Einwendungen, z. B. Zahlung, Stundung; vergl. Hellwig, a. a. O. S. 491 ff.

[2]) Gaupp-Stein, An. IV zu § 767; a. M. Falkmann S. 398.

[3]) Bei Hemmung des Anspruchs (Stundung) dürfte Abweisung des Gläubigers häufig unbillig erscheinen. Hier müssen die §§ 257 bis 259 Z.P.O. einen Ausgleich schaffen.

[4]) Hervorzuheben sind nur hier die allgemeinen Wirkungen; die besonderen richten sich nach der Art der einzelnen Einwendungen.

[5]) Vergl. Nußbaum in Fischer's Abhandl. Bd. 17, 1, S. 23, 60.

[6]) Die Rechtskraftwirkungen sind bei der Klageabweisung und Verurteilung gleich, sobald nur die Behauptung, daß die Zwangsvollstreckung aus bestimmten Gründen dauernd oder zeitweise unzulässig sei, den Klagegrund bildet;

Ist der Anspruch erloschen, so steht bei einer erneuten Pfändung der Gegenklage die exceptio rei iudicatae entgegen. Handelt es sich nur um Hemmung, Modifikation [1]) des Anspruchs oder ein klagabweisendes Urteil, so kommt diese Einrede nicht in Frage, falls die Klage auf neue Tatsachen gestützt ist. Hingegen ist sie einer Klage gegenüber zulässig, die im Falle der Klageabweisung nach Beendigung der Vollstreckung aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben wird.[2])

Die Nebenwirkungen erscheinen im Prozeß- und materiellen Recht.[3]) Soweit das Gegenklageurteil das bisherige aufhebt oder abändert, ist die erfolgte Zwangsvollstreckung nicht ipso iure hinfällig.[4]) Sie ist ein selbständiger Akt, dessen Gültigkeit nur einen zur Vollstreckung geeigneten Titel voraussetzt; die vorgenommene Pfändung besteht formell zu Recht, bis sie aufgehoben ist. Infolgedessen sind die Vollstreckungsorgane gemäß §§ 775, 776 Z.P.O. verpflichtet, die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken und bereits erfolgte Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben, sobald das Urteil ganz oder zum Teil aufgehoben ist.

Gleichzeitig tritt, falls das Haupturteil nur vorläufig vollstreckbar war, gemäß § 717 Abs. 2 Z.P.O. eine privatrechtliche Nebenwirkung ein. Das zweite Urteil bildet eine Tatbestandsvoraussetzung des Schadenersatzanspruches.[5]) War das erste Urteil rechtskräftig, so ist ein Schadenersatzanspruch aus §§ 226, 823 B.G.B. möglich, falls der Gläubiger vorsätzlich ohne materiellen Anspruch vollstreckt.[6]) Er ist zwar Vollstreckungssubjekt; er handelt mit Hilfe der staatlichen

---

ein Wechsel in den Einwendungen enthält hier keine Klageänderung. Die exceptio rei iudicatae greift deshalb stets durch. Vergl. Langheineken a. a. O. S. 182.

[1]) Leistung Zug um Zug.

[2]) Vergl. Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwickelung, S. 236, 237.

[3]) Kisch a. a. O. S. 36 ff. und Nußbaum in Fischer's Abhandl. 17, 1 S. 62 ff.; vergl. jedoch Kuttner in Fischer's Abhandl. Bd. 16, Heft 2, § 1, Nr. 5 S. 7 ff. Danach sind Nebenwirkungen nur die materiellrechtlichen, nicht auch die Vollstreckungswirkungen.

[4]) Nußbaum in Fischer's Abhandl., Bd. 17, Heft 1, S. 30, 49, 53, 63,

[5]) Geib in Fischer's Abhandl., Bd. 18, Heft 1, S. 169 ff. und Bd. 16, Heft 2. § 3, Nr. 2, S. 16 (Kuttner).

[6]) Gaupp-Stein, Z.P.O. An. V zu § 717; R.G. Bd. 60, S. 344 und Fischer's Abhandl. Bd. 17, Heft 1, S. 30 (Nußbaum).

Organe.[1]) Durch die Vollstreckung betätigt [2]) er aber sein materielles Recht. Ist es erloschen, so ist die Pfändung in jedem Falle objektiv unrechtmäßig.

II. Die vollstreckbare Urkunde.

§ 6.

Wesen der Urkunde.

Die vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Nr. 5 Z.P.O. ist nach außen hin weder ein Schuld- noch ein Unterwerfungsvertrag, sondern eine einseitige Erklärung des Schuldners. Der Nachweis ihrer Annahme ist nicht erforderlich. Es muß ihr jedoch ebenso wie der Bewilligung zu Eintragungen ins Grundburh stets ein Vertrag zu Grunde liegen, widrigenfalls der formale Schuldtitel der materiellen Kraft entbehrt. Die Gegenansicht,[3]) die Urkunde sei in jedem Falle nur eine einseitige Erklärung, ein Verzicht des Schuldners auf das Erkenntnisverfahren, bei dem der Gläubiger keine Rolle spiele, steht mit dem Entwickelungsgang der vollstreckbaren Urkunde im Widerspruch, sie ist auch nach geltendem Recht nicht haltbar.

Die exekutorische Urkunde ist aus dem deutschen Selbstpfändungsrecht, den mit Exekutionsrecht ausgestatteten Eintragungen in die Stadt- und Gerichtsbücher, den Konfessatbriefen der geistlichen Gerichte und den italienischen instrumenta garantigiata entstanden.[4])

In einzelnen germanischen Volksrechten [5]) war neben der gerichtlichen Pfändung eine Privatpfändung [6]) (unmittelbar oder mit

---

[1]) Geib in Fischer's Abhandl. Bd. 18, Heft 1, S. 98.

[2]) Geib in Fischer's Abhandl. Bd. 18, Heft 1, S. 125 ff.

[3]) Asbahs in Iherings Jahrb. Bd. 51, S. 127 ff.

[4]) David a. a. O. S. 3 ff.; Briegleb, Über exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß, Teil I, S. 35 ff.; Endemann in Ztschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 5, S. 398 ff.; Kohler in Ztschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt., Bd. 8, S. 120 ff.; Heusler in Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. 6, S. 167, 188 ff.

[5]) Der lex Salica, lex Baiuvariorum, den longobardischen Königsgesetzen.

[6]) Bei unstreitiger, redlicher, unleugenbarer Schuld, bei wahren, anerkannten Ansprüchen und bei einem in eine bestimmte Form (z. B. wadia et fideiiussores) gekleideten einseitigen Schuldversprechen.

Erlaubnis des Richters) ohne besondere Pfändungsklausel anerkannt.[1]) Im fränkischen sowie im späteren deutschen Reiche wurde sie teils ganz aufgehoben teils auf Zinsen und Gülten eingeschränkt; sie behauptete sich aber im longobardischen Recht.[2]) Derartige Verbote wurden jetzt durch vertragsmäßige Einräumung des Selbstpfändungsrechts umgangen (sogen. Konventionalpfändung). Die Konventionalpfändung fand sogar in den damaligen Reichsgesetzen ihre Sanktion.[3]) Sie war ja eigentlich nichts Ungewöhnliches. Beruhte doch das sogen. Urteilserfüllungsgelöbnis des mittelalterlich-deutschen Prozesses im wesentlichen auf gleichen Grundsätzen. Die Zwangsvollstreckung erfolgte hier nicht auf Grund des Urteils, sondern des Urteilserfüllungsvertrages, der ursprünglich, insbesondere bei einem bloßen Beweisurteil häufig, später nicht gar selten vorkam.[4]) Das vertragliche Selbstpfändungsrecht wurde insbesondere in der Form der wadiatio begründet. Der Schuldner gestattete dem Gläubiger, ihn beim Ausbleiben der Zahlung am Fälligkeitstermin non requisito iudicio zu pfänden.[5]) Diese Pfändungsklausel findet sich vielfach

---

[1]) Samuelson, Die Wirkungen der Privatpfändung nach deutschem Recht, S. 13; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, § 110, S. 446; Bethmann-Hollweg, a. a. O. IV, § 69, S. 473; Wach, Der italienische Arrestprozeß, Leipzig 1868, S. 13 ff.; Ztschr. für deutsch. Recht, I, S. 190 ff., 198 ff.; Ztschr. für Rechtsgeschichte, VI, S. 168 ff.; v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, S. 193 ff.; Naegeli, Das germ. Selbstpfändungsrecht, S. 4, 23; Engelmann, Der Zivilprozeß, II, Heft 3, S. 90; Heusler, Institutionen des deutsch. Privatrechts, II, S. 207; Siegel, a. a. O. I, S. 35 ff.; Siegel, Deutsche Rechtgeschichte, S. 473 ff.; Trummer, Vorträge über merkwürdige Erscheinungen in der Hamburger Rechtsgeschichte, S. 80 ff.; Delbrück in Geschichte für deutsch. Recht XII, S. 232 ff.

[2]) Siegel, Gesch. des deutsch. Gerichtsverfahrens, S. 41; Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 474; Trummer, a. a. O. S. 83; Ztschr. für deutsch. Recht, I, S. 198 ff.; Naegeli, a. a. O. S. 32 ff.

[3]) Naegeli, a. a. O. S. 35; Eugen Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, IV, S. 825; Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 474; v. Meibom, a. a. O. S. 220; Ztschr. für deutsch. Recht, I, S. 207; Wach, Arrestprozeß, S. 15, 19, 24; Samuelsohn, a. a. O. S. 24; Heusler, Inst. a. a. O. S. 207; Engelmann, a. a. O., II, Heft 3, S. 90.

[4]) Kleinfeller, Lehrb. des deutsch. Zivilprozeßrechts, S. 592; Engelmann, a. a. O., II, Heft 1, S. 101, 106; Siegel, Geschichte des deutsch. Gerichtsverf., I, S. 219 ff., 425 ff.; Brunner, Deutsch. Rechtsgeschichte, II, S. 446.

[5]) Samuelsohn, a. a. O. S. 13 ff.; Wach, Arrestprozeß, S. 15 ff.

bei Rentenkaufbriefen [1]) sowie Darlehnsurkunden.[2]) Seit dem 12. Jahrhundert erscheint sie auch im schweizerischen Recht.[3]) Inwieweit die Privatpfändung allmählich beseitigt worden, ist bestritten. Im Schwabenspiegel ist sie gar nicht, im Sachsenspiegel nur in einem Fall erwähnt.[4]) Im Landfrieden von 1301 sowie im ewigen Landfrieden von 1495 ist die Konventionalpfändung noch aufrechterhalten.[5]) Ohne Einwilligung des Schuldners wurde die eigenmächtige Pfändung schlechthin in den sog. Landfrieden und Bundbriefen (z. B. im Egerer Landfrieden 1398) nur zur Verhütung völliger Ordnungslosigkeit gestattet.[6]) In den Städten wurde ihr jedoch energisch entgegen getreten. Hier hatte sich frühzeitig das Bestreben entwickelt, die vor Gericht eingegangenen, ins Gerichtsbuch aufgezeichneten Schuldbekenntnisse exekutorisch zu gestalten. Die Stadt- und Gerichtsbücher, die ursprünglich nur zur Eintragung der Urteile bestimmt waren, wurden zwecks Erleichterung des Beweises zur Aufnahme von Schuldbekenntnissen benützt. Gegenüber derartigen Einträgen ließ man nach dem alten Satze: „Was einer vor Gericht verspricht, dem kann er nicht mit seinem Eide entgehen, sondern er wird dessen überführt durch das Zeugnis von Richter und Schöffen", Einreden nur in gewissen Fällen zu.[7]) Hierdurch erlangten allmählich, zuerst in Nord-, dann in Süddeutschland die durch öffentliche Urkunden verbrieften Forderungen exekutorischen Charakter. Jedoch nur nach gewissen Stadtrechten (Lübecker, Hamburger) waren diese Schuldbekenntnisse den durch Urteil festgestellten Verpflichtungen gleichgestellt, daher ohne besondere Klausel vollstreckbar. Meistenteils enthalten die Urkunden aus der damaligen Zeit die Klausel: „absque ulla prosecutione coram iudicio facienda oder ohne Recht". Bei einigen ist die exekutorische Klausel oder das praeceptum de solvendo des Richters aufgenommen.[8]) Alle diese Formeln und Klauseln

---

[1]) v. Meibom, a. a. O. § 5, Nr. 4, S. 209.

[2]) Wach, a. a. O. § 1, S. 12, 18 erwähnt eine Darlehnsurkunde von 796, in der dem Gläubiger ein Exekutionsrecht eingeräumt ist.

[3]) Eugen Huber, a. a. O. S. 825.

[4]) Naegeli, a. a. O. S. 36.

[5]) Ztschr. für das deutsch. Recht, I, S. 206 ff.; Naegeli S. 33 ff.; teils abweichend Trummer, a. a. O. S. 82 ff.; Siegel, Deutsch. Rechtsgesch., S. 475.

[6]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 169, 171.

[7]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 172, 175, 180.

[8]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 172, 174, 179, 183 ff., 187 ff.

lassen die Vertragsnatur jener Vollstreckungstitel erkennen. Ohne vorausgegangenen Prozeß (ohne Recht) sollte die Zwangsvollstreckung gegen den ausdrücklichen Willen des Schuldners nicht stattfinden. Ob mit Rücksicht auf die Klausel die Pfändung, wie manche Schriftsteller annehmen, eigenmächtig oder nur unter Mitwirkung des Gerichts erfolgen durfte [1]) ist hierbei unerheblich.

Diese Grundsätze über die vertragsmäßige Pfändung, die ja besonders dem Schuldrecht der Longobarden eigen waren, wurden in den italienischen Städten ungefähr im 12. Jahrhundert zur besseren Realisierung kreditierter Forderungen allgemein gebräuchlich und fanden in der Statutargesetzgebung Eingang.[2]) Dem römischen Recht waren sie unbekannt. Das nexum und die confessio in iure, die nichts weiter als vollstreckbare Verträge waren,[3]) bestanden längst nicht mehr. Die römischen Juristen wollten jedoch dieses neue Rechtsinstitut auf eine römischrechtliche Basis stellen. Sie legten daher nach dem Satze: „confessus pro iudicato habetur" den deutschrechtlichen Urkunden einen Scheinprozeß zwischen Gläubiger und Schuldner zu Grunde. Nach ihrer Theorie galt der Schuldner, welcher in erster Zeit vor dem Richter, später vor dem Notar (dem iudex chartularius) seine Schuld bekannt, für rechtskräftig verurteilt. Infolgedessen erging an ihn wie beim Urteil die Zahlungsaufforderung (praeceptum solvendi), die für den Beginn jeder Zwangsvollstreckung erforderlich war. Die hierüber aufgenommenen Urkunden wurden instrumenta confessionata oder garantigiata, das praeceptum de solvendo praeceptum garantigium oder kurz garantigium genannt.[4]) Die instrumenta garantigiata enthalten im Gegensatz zu den oben erwähnten deutschrechtlichen Pfändungstiteln in ihrer ursprünglichen Form keinen ausdrücklichen Exekutionsvertrag. Ihre exekutorische Kraft will man deshalb nur auf die der rechtskräftigen Verurteilung gleichgestellte confessio stützen.[5]) Indessen wird hier

---

[1]) Siegel, Rechtsgeschichte, S. 447; Engelmann, a.a.O., II, Heft 3, S. 174.

[2]) Wach, a.a.O. S. 15 ff.; Samuelsohn, a.a.O. S. 13 ff.; Heusler, Inst., II, S. 209; Engelmann, a. a. O., II, Heft 3 S. 90.

[3]) Bethmann-Hollweg, a. a. O. § 45, S. 159 und Anm. 20.

[4]) Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens 1868, S. 46 ff.; 55 Nr. 21; Briegleb, a.a.O. Kap. II, § 5, S. 45 ff., § 5, S. 62 ff. und § 9, S. 68.

[5]) Schmid, a. a. O. § 205, S. 169.

verkannt, daß die Aufnahme der Urkunde (Abgabe des Schuldbekenntnisses und Entgegennahme des praeceptum de solvendo) lediglich vom Willen des Schuldners abhing. Während dem Urteil ipso iure die Vollstreckbarkeit innewohnt, mithin das praeceptum de solvendo auch gegen den Willen des verurteilten Schuldners zu erlassen war, wurde die garantigiata erst durch Einverleibung des praeceptum garantigium exekutorisch.[1]) Durch die Aufnahme des Zahlungsmandats oder besser die Einwilligung seiner Aufnahme räumte der Schuldner dem Gläubiger das Recht zur Vollstreckung aus dem von ihm abgegebenen Schuldbekenntnis ein. Lehnte er die Entgegennahme des praeceptum ab, so war die Vollstreckung nicht möglich. Es liegt also doch ein Exekutionsvertrag vor. Die Theorie des Scheinprozesses trat auch bald in den Hintergrund. Der Schuldner pflegte sich vor dem Notar, der ja das praeceptum nicht erlassen durfte, vertragsmäßig zu verpflichten,[2]) über das dort aufgenommene Schuldbekenntnis vor dem Richter den Zahlungsbefehl entgegen zu nehmen. Folgerichtig wurde jetzt die Vollstreckbarkeit der Urkunde, mochte der Zahlungsbefehl nach wie vor nur vom Richter ausgehen, nur auf einen Vertrag[3]) der Parteien zurückgeführt. Die getroffene Vereinbarung galt mit Erteilung des mandatum executivum als Vollstreckungstitel, als alleiniger Grund der paraten Exekution. Bei Privaturkunden, die später gleichfalls vollstreckbar waren, ist eine andere Auffassung nicht möglich. Ein Zahlungsmandat des Richters kommt hier gar nicht in Frage.[4])

Die exekutorischen Urkunden kamen bald bei den geistlichen Gerichten in Übung. Insbesondere die bischöflichen Offizialgerichte in Deutschland stellten seit dem 13. Jahrhundert Vertragsurkunden nach dem Muster der instrumenta garantigiata, sogen. Konfessatbriefe, obligationes camerales, aus. Sie waren im wesentlichen Zahlungsversprechen mit beigefügtem Zahlungsmandat und wiesen im Inhalt sowie Verfahren nur wenige Abweichungen auf.[5]) Wahrscheinlich sind diese Urkunden, die in der Praxis der Schultheissengerichte

---

[1]) Ficker, a. a. O. S. 55, Nr. 21.

[2]) Ficker, S. 47, Nr. 16; Briegleb, a. a. O., Kap. II, § 6, S. 60 ff. und § 9, S. 66 ff.

[3]) Briegleb § 12, S. 70 a. a. O.

[4]) Briegleb, a. a. O. § 11, S. 79.

[5]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 134 ff.; David, a. a. O. S. 8; Briegleb, a. a. O. S. 124.

Nachahmung gefunden, auf die Einträge in den Stadt- und Gerichtsbüchern in Süddeutschland nicht ohne Einfluß geblieben.

In Spanien lassen sich Spuren derartiger Urkunden bis ins 14. Jahrhundert zurückverfolgen. Ihre besondere Regelung erfolgte im Jahre 1480 in der lex toletana Ferdinands V. [1])

In Frankreich fand die garantigia gleichfalls im 14. Jahrhundert Eingang. Auch dort bildete die confessio in iure und der Unterwerfungsvertrag die Grundlage ihrer Exequibilität. Dafür sprechen die französischen Urkunden des 13. und 14. Jahrhunderts, welche regelmäßig die Unterwerfungsklausel enthalten.[2])

Daß allmählich, wie im heutigen französischen Recht jeder öffentlichen Urkunde [3]) ohne pactum executivum parate Exekution beigelegt wurde, zeugt nicht gegen die Vertragstheorie. Die Parteien erklären sich durch die Wahl einer derartigen Urkunde stillschweigend mit der paraten Exekution aus ihr einverstanden. Die instrumenta garantigiata sind in Deutschland mit dem römischen Recht recipiert worden,[4]) haben jedoch die dem deutschen Schuldrecht eigenen Urkunden weder verdrängt noch wesentlich verändert.[5]) Die wichtigeren deutschen Gesetzgebungen: die Nürnberger, Wormser und Frankfurter Reformation, das Freiburger Stadtrecht von 1520, das revidierte Lübecker und Hamburger Recht deuten in ihrer Sprachweise sichtlich auf ihren Zusammenhang mit dem alten deutschen Recht hin. Die ins Gerichtsbuch eingetragenen Schuldbekenntnisse und bekanntlichen Schulden stehen danach nach wie vor den zugeurteilten Schulden gleich. Die altdeutsche Praxis Frankfurts, die bei verbrieften Forderungen sofortige Exekution gewährte, stimmt mit der sächsischen überein. Die Land- und Stadtrechte des 16. Jahrhunderts enthalten hauptsächlich den Satz, daß bekanntliche wie geurteilte Schulden parater Exekution unterliegen. Eine besondere Unterwerfungsklausel wurde in dieser Periode nicht mehr für erforderlich erachtet.[6]) Das gemeine Recht hingegen hielt an dem Grund-

---

[1]) Briegleb, a. a. O. S. 156; David S. 8.

[2]) Briegleb S. 183; Kohler in Ztschr. für Savigny-Stiftung germ. Abt. VIII, S. 120 ff.; David S. 8.

[3]) Briegleb, Kap. 5; Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 3, 5.

[4]) Endemann, a. a. O. S. 388 ff.; Briegleb S. 212, 218; Kori, Über den Exekutivprozeß und die Widerklage nach gem. und sächs. Recht S. 5; Ortloff, De processus executivi origine et natura. Jena 1854 S. 12 ff.

[5]) Ztschr. für Rechtsgeschichte. Bd. VI, S. 167, 204.

[6]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 194 ff.

satze der romanischen Juristen, daß die parate Exekution vertragsmäßig bestellt werden könne, fest. Die Gerichte, insbesondere das Reichskammergericht, legten allen mit einer Exekutivklausel versehenen Vertragsurkunden parate Exekution bei.[1]) Die gewöhnlich den Urkunden beigefügte Klausel bestand in der Verpflichtung des Schuldners zur Duldung der Exekution mit oder ohne Recht (Gericht) gegenüber dem Gläubiger. Die Klausel erscheint auch in der Form des ausdrücklich an den Gläubiger gerichteten Verzichts auf die richterliche Hilfe. [2]) Unterm Einfluß dieser Anschauungen wurde im deutschen Recht die Exekutivklausel wieder eingeführt und der Grundsatz herrschend, daß das Recht der paraten Exekution erst mit Einverleibung der Unterwerfungsklausel entstehe.[3])

Im gemeinen Recht blieb ursprünglich die Exekution unmittelbar aus der Urkunde zulässig. Die Praxis des Reichsgerichts sowie der jüngste Reichsabschied änderten hierin nichts. Indessen faßte die gemeinrechtliche Theorie vielfach die instrumenta garantigia als bloße instrumenta liquida, „klare Brief und Siegel", auf. Die direkte Vollstreckung aus ihnen fiel deshalb allmählich fort. Der Zwangsvollstreckung mußte ein gerichtliches, wenn auch summarisches Verfahren vorausgehen, in dem diese Urkunden nur als Beweismittel dienten. Auf diese Weise entstand der sogen. gemeine Exekutivprozeß.[4]) In Anlehnung an das französische Recht kamen um die Mitte des vorigen Jahrhunderts exekutorische Urkunden in der früheren Gestalt partikularrechtlich wieder zur Geltung.[5]) Unter Beseitigung des richterlichen Verfahrens wurde die Vollstreckung unmittelbar aus der Urkunde zugelassen.[6]) In Bayern scheiterte der Entwurf zum Notariatsgesetz 1851 am Widerspruch der Kammer der Reichsräte. Infolgedessen kam im Jahre 1856 ein Gesetz zustande, das die Vollstreckung aus exekutorischen Urkunden nur mit Zustimmung des Schuldners gestattete. Im Notariatsgesetz vom 10. November 1861, das an dessen Stelle trat, wurde im Artikel 80 nur die Vollziehbarkeitsklausel auf der Ausfertigung verlangt. Die

---

[1]) Briegleb, Kap. 6, § 4, S. 230 ff.

[2]) Briegleb, S. 232, 234.

[3]) Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd. VI, S. 197.

[4]) Briegleb, a. a. O. S. 235, 239, 240 sowie in Einleitung in die Theorie der summarisch. Prozesse S. 303 ff.; David, a. a. O. S. 9; Kori, a. a. O. S. 14.

[5]) David, a. a. O. S. 12.

[6]) Insbesondere in Hannover, Bayern, Württemberg, Sachsen, Oldenburg.

hannoverische (§ 528) und die Württembergische (Artikel 913) Zivilprozeßordnung hingegen machten die Vollstreckbarkeit der Urkunden von der ausdrücklichen Einwilligung des Schuldners abhängig.[1]) Das österreichische Notariatsgesetz vom 25. Juli 1871 [2]) nebst der österreichischen Exekutionsordnung [3]) von 1896 sind gleichfalls der Vertragstheorie gefolgt. Aber auch die Motive zur Reichszivilprozeßordnung lassen darüber keinen Zweifel. Sie betonen ausdrücklich,[4]) der Entwurf schränke im Gegensatz zum französischen Prozeßrecht in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der übrigen Gesetzgebungswerke das Exekutionsrecht in feste Grenzen ein, mache es namentlich davon abhängig, daß unter den Kontrahenten die sofortige Zwangsvollstreckung ausdrücklich ausbedungen sei. Auch das Kammergericht [5]) erblickt das Wesen der vollstreckbaren Urkunde im prozessualen Unterwerfungsvertrage. Allerdings ist diese Meinung nicht unbestritten. Nach der Gegenansicht verzichtet der Schuldner auf seinen Anspruch auf Entscheidung im ordentlichen Erkenntnisverfahren, also auf einen öffentlichrechtlichen Anspruch. Steht eine notarielle Urkunde in Frage, so muß der Notar als Vertreter des Staates zur Entgegennahme des Verzichts gedacht werden. Ihm sind aber nur gewisse Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen. Ihm gegenüber kann daher der Schuldner sein Recht auf Entscheidung im ordentlichen Prozeß beim Fehlen einer positiven Bestimmung kaum aufgeben. Der Notar oder Richter hat auch bei der Aufnahme der Urkunde niemals den Willen, die Erklärung des Verzichts, der ja nach heutigem wie früherem Recht nur durch Vertrag [6]) geschehen kann, entgegenzunehmen. Der § 306 Z.P.O. kommt hier nicht zur Anwendung. Er regelt einen ganz bestimmten Fall, sodaß eine Analogie ausgeschlossen ist. Die Annahme einer einseitigen Erklärung wäre

---

[1]) Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 7, 8.

[2]) § 3.

[3]) § 1, Nr. 17.

[4]) Hahn, Materialien zur Z.P.O., II, Abt. I, S. 421, Nr. 1, 446; nordd. Entw. §§ 933 ff.; Prot. d. K. S. 2263, 2264.

[5]) Johow, Bd. 16, S. 122.

[6]) Johow, Bd. 31, A. Nr. 3, S. 8 ff.; Planck, B.G.B., An. 43 z. § 305; Staudinger, B.G.B., An. 5 z. § 305; Dernburg, B.G.B., II 1, § 130; vergl. auch Fischers Abhandl., Bd. 17, Heft 1, S. 77; a. M. Cohn in Gruhot, Bd. 47, S. 251, 252, 287.

nur berechtigt, falls sie im Gesetz einen sicheren Anhalt hätte.[1]) Die Fälle, in denen zur Aufgabe eines Rechts die einseitige Erklärung genügt, sind im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben. Das B.G.B. bestimmt z. B. bei der Erbschaftsausschlagung im § 1945: Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im § 794 Nr. 5 Z.P.O. Die Worte „und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat", lassen nach den Motiven eine so ausdehnende Auslegung, wie A s b a h s sie zu Grunde legen muß, ohne Zwang nicht zu.

Die vollstreckbare Urkunde ist zwar gleich dem Urteile ein Vollstreckungstitel. Während jedoch das Urteil auf der Autorität des Richters beruht und auch dort Recht schaffen kann, wo kein Anspruch bestand,[2]) schöpft die vollstreckbare Urkunde Dasein und Wirksamkeit nur aus dem Willen der Parteien.[3]) Dem Urteil geht eine eingehende Prüfung des unterbreiteten Prozeßstoffes durch den Richter voraus. Bei der vollstreckbaren Urkunde dagegen erlangt der Gläubiger mit Abschluß des Exekutionsvertrages die formelle Vollstreckungsbefugnis, mag der Anspruch bestehen oder nicht oder mit Mängeln behaftet sein. Vollstreckt der Gläubiger trotzdem, so ist der Schuldner zur Wahrung seiner Rechte lediglich auf die Gegenklage angewiesen. Um den Gefahren und Nachteilen, welche hierdurch dem Schuldner erwachsen können, einigermaßen vorzubeugen, hat das Gesetz Form und Inhalt der vollstreckbaren Urkunde durch genaue Bestimmungen begrenzt.

§ 7.

Form der Urkunde.

Die Form, in welche nach geltendem Recht der vollstreckbare Vertrag eingekleidet sein muß, ist im § 794 Nr. 5 Z.P.O. vorgeschrieben.[4])

---

[1]) Selbst nach der Verzichtstheorie wird in dem von Asbahs gewählten Beispiele bei dem von ihm vorgeschlagenen Verfahren der Exekutionstitel nicht perfekt. Die Urkunde aus § 794 Nr. 5 Z.P.O. darf nur über einen bestimmten Anspruch errichtet werden. Mit der Abgabe der Verpflichtungserklärung durch den Schuldner entsteht aber noch kein Anspruch. Die Verpflichtung des Schwängerers zur Zahlung von Unterhaltungsgeldern ist wohl im Gesetz begründet, aber die Höhe der Beträge nicht bestimmt. Es bedarf also einer Einigung. Vergl. Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat, Jahrg. 7, S. 684 ff.

[2]) Arch. für civ. Pr., Bd. 72, S. 38.

[3]) G r u h o t, Bd. 31, S. 315.

[4]) Bei der garantigia genügte einfache Schriftform, ebenso früher in Frankreich (B r i e g l e b S. 86 ff.; D a v i d S. 8). Im heutigen französischen und öster-

Danach kommen nur Urkunden in Betracht, die vor einem deutschen Gericht oder einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Die Bestimmungen über die Form sind im Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (§§ 168 bis 182) enthalten, Jedoch nur die Erklärungen des Schuldners bedürfen der Beurkundung.[1]) Die Annahmeerklärung des Gläubigers wird regelmäßig durch die Annahme der Urkunde ersetzt oder durch deren Besitz vermutet.[2]) Häufig vollzieht sich der Hergang in der Weise, daß zunächst der Gläubiger dem Schuldner die Gewährung eines Darlehns verspricht oder in Aussicht stellt. Der Schuldner läßt dann die Urkunde ausstellen, gegen deren Übergabe er das Geld erhält. Hier folgen also Darlehns- und Zwangsvollstreckungsvertrag der Herstellung der Urkunde nach.

Die vollstreckbaren Urkunden, die der Vormundschaftsrichter über die Verpflichtung des Schwängerers zur Alimentenzahlung aufzunehmen pflegt und aus denen mitunter erst nach Jahren die Zwangsvollstreckung betrieben wird, kommen vielfach so zu stande, daß der Richter nur die vom Schuldner, dem Schwängerer, ausgehende Offerte zu einem Exekutionsvertrage in jene Urkunde aufnimmt. War der Vormund im Termin, so kann die Offerte als stillschweigend angenommen gelten. Sonst wird der Richter dem Vormund die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zugehen lassen, mit deren Annahme der Vertrag perfekt wird.[3])

§ 8.

Inhalt der Urkunde.

Bei der vollstreckbaren Urkunde aus § 794 Nr. 5 Z.P.O. sind die Unterwerfungsklausel und der Anspruch, auf den sie sich bezieht, zu unterscheiden.

Die Unterwerfungsklausel besteht in der Erklärung des Schuld-

---

reichischen Recht sind nur Notariatsurkunden vollstreckbar. (Ges. über die Organisation des Notariats v. 25. Vent. XI Art. 19 bezw. Notariatsges. v. 25. Juli 1871, § 3.)

[1]) Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 42, S. 133.

[2]) Petersen, Z.P.O. Bd. II, S. 432; Falkmann a. a. O. S. 74 a. u. d.

[3]) Verfährt der Richter nicht in dieser Weise, so kann von einem Schuld- und Exekutionsvertrage kaum die Rede sein. Der Schwängerer bleibt nicht länger wie gewöhnlich an die Offerte gebunden. (§§ 130, 131, 145 ff. B.G.B.)

ners, daß er sich wegen eines bestimmten Anspruchs der sofortigen[1]) Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterwerfe. Sie bildet die Offerte des im § 6 erörterten Exekutionsvertrages; ihre Annahme bedarf, wie im § 7 erwähnt, keiner Form. Der Vertrag unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte. Es kommen also Nichtigkeit aus §§ 125, 105, 127 und 138 B.G.B., Fehlen der Willensübereinstimmung (Dissens) sowie Anfechtbarkeit aus §§ 119, 123 B.G.B. in Frage.

Der Anspruch, über den der Exekutionsvertrag geschlossen wird, entspringt einer konkreten oder abstrakten Forderung und ist bei Aufnahme der Urkunde bereits vorhanden oder wird in der Urkunde begründet. Im ersten Falle müssen alle Tatsachen erklärt und beurkundet werden, welche den Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten erzeugt haben, d. h. der Anspruch muß so genau individualisiert werden, daß die Feststellung der Identität des in der Urkunde bezeichneten Anspruchs möglich ist. Soll er in der Urkunds begründet werden, so sind die Erklärungen aufzunehmen, an die das Gesetz die Entstehung gerade dieses Anspruches knüpft. In den Fällen der §§ 780, 781 B.G.B.[2]) braucht nur die Erklärung des Schuldners in der Urkunde enthalten zu sein. Der Schuldvertrag kommt hier durch Annahme der Urkunde durch den Gläubiger zustande.

Der Exekutionsvertrag ist auf Ansprüche beschränkt, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande haben.[3]) Indessen gilt hier nicht die einschränkende Bestimmung im § 688 Abs. 2 Z.P.O. Bei Zinsen sind Zinssatz und Zeitpunkt anzugeben. Für nicht bestimmt dem Betrage nach in die Verpflichtung aufgenommene Kosten bildet die Urkunde keinen Titel.[4]) Auch über Rechte aus einem Grundstückspfand [5]) kann die

---

[1]) D. h. ohne Klage und Urteil.

[2]) Diese Form ist die gewöhnliche. Die Urkunde enthält hier neben der Unterwerfungsklausel das Bekenntnis zu einem bestimmten Anspruch. Ist es in einer anderen Urkunde aufgenommen, so muß auch diese in der im § 794 Nr. 5 Z.P.O. vorgeschriebenen Form errichtet sein. Die Urkunde ist in diesem Falle in zwei Teile geteilt.

[3]) Vergl. Österr. Notariatsges. v. 25. 7. 1871 § 3 und C. d. proc. Art. 551.

[4]) Bayr. Rechtspflege-Ztschr. 1905, S. 505.

[5]) Über ein Schiffspfandrecht ist ein vollstreckbarer Vertrag nicht zulässig. Der Inhalt dieses Rechts erschöpft sich in einem Befriedigungsrecht des Gläubigers; einen Anspruch auf Zahlung der gesicherten Forderung hat er nicht.

Urkunde errichtet werden, obwohl hier eine dingliche Haftung ohne persönliche Forderung möglich ist.

Der Anspruch muß bei Begründung des Exekutionsvertrages existent [1]) sein. Der Gläubiger ist mit Erwerb der Urkunde sofort in der Lage, auch bei Nichtexistenz der Forderung, zu vollstrecken. Eine Pfändung ohne Forderung ist aber materiell unrechtmäßig. Ein Pfandrecht ohne oder über eine künftige Forderung ist nur beim Grundstückspfand vorgesehen. Analogie erscheint ausgeschlossen. Einigung, Eintragungsbewilligung und Eintragung entsprechen nicht dem Exekutionsvertrage, der Unterwerfungsklausel und der Beurkundung der einseitigen Verpflichtungserklärung. Die Beurkundung bildet einen Bestandteil des Exekutionsvertrages. Die Eintragung ins Grundbuch hingegen gehört nicht zur Form der von den Parteien abgegebenen Willenserklärung, sie ist eine besondere Voraussetzung für den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung.[2]) Existent ist der Anspruch auch, wenn er von einer Bedingung, Kündigung oder dem Eintritt eines Kalendertages abhängt; bedingte oder betagte Ansprüche bestehen bereits vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termines.[3])

Ist der Anspruch bei Abschluß des vollstreckbaren Vertrages nicht vorhanden,[4]) so ist der Exekutionsvertrag nichtig.[5])

III. Die Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden.

§ 9.

Prozeßvoraussetzungen.

In prozessualer Hinsicht sind bei der Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden nur zwei Besonderheiten hervorzuheben.

Der § 794 Nr. 5 Satz 2 Z.P.O. enthält eine Ausnahmevorschrift, die auf andere Rechte nicht entsprechend angewendet werden darf. Vergl. Dernburg, B.G.B. § 207 und Cosack, B.G.B. § 244. Unmöglich ist auch die Aufnahme der Unterwerfungsklausel bei Hypothek- und Grundschuldbestellungen für Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 1187, 1195 B.G.B.). Der § 794 Nr. 5 Z.P.O. setzt die Angabe eines bestimmten Gläubigers voraus. Vergl. Bayr. Not.-Ztg. 1905, S. 40.

[1]) Eine Höchstbetragshypothek kann deshalb nicht Gegenstand einer vollstreckbaren Urkunde sein. Bei ihr besteht bei Begründung der Urkunde kein bestimmter Anspruch. Vergl. Bayr. Not.-Ztg. 1905, S. 40.

[2]) Hellmann, Vorträge über das B.G.B., S. 82; Staudinger, B.G.B., An. 3 z. § 125.

[3]) Staudinger, B.G.B., Vorbem. 4 und An. 6 z. § 158; a. M. Planck, B.G.B., An. 2 z. § 158.

[4]) z. B. fingiert.

[5]) Ztschr. f. Zivilpr., Bd. 16, S. 453 ff.

Sie betreffen die Zuständigkeit und die rein formelle Prüfung der Vollstreckungsgrundlage.

1. Über die örtliche Zuständigkeit war in Ermangelung eines Prozeßgerichts eine Sondervorschrift zweckmäßig. Örtlich ist gemäß § 797 Abs. 5 Z.P.O. das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner im deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat oder sich Vermögen befindet (§ 23 Z.P.O.). Klagen mehrere Schuldner, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, so erfolgt in analoger Anwendung des § 36 Ziffer 3 Z.P.O. die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht. Den Schuldnern, die im Hauptprozesse gemäß § 36 Ziffer 3 Z.P.O. in der Lage wären, eine einheitliche Entscheidung herbeizuführen, darf im Gegenklageverfahren diese Möglichkeit billigerweise nicht abgeschnitten werden. Der Gerichtsstand bestimmt sich also hier aus der Person des Klägers.[1])

Hat sich der Eigentümer in Ansehung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in der Weise unterworfen, daß sie gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein soll, so ist die Gegenklage bei dem Gericht zu erheben, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist (§ 800 Abs. 3 Z.P.O.).

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 23, 70 G.V.G. Danach ist regelmäßig der streitige Anspruch maßgebend, welcher der Urkunde zu Grunde liegt.[2]) Die Vollstreckbarkeit [3]) kommt als Streitgegenstand nur in Frage, wenn ausschließlich Einwendungen gegen die Vollstreckungsgrundlage, also die Gültigkeit der Urkunde selbst, erhoben werden.[4]) In diesem Falle findet § 23 Abs. 2 G.V.G. keine Anwendung, während bei der Gegenklage gegenüber Urteilen das Prozeßgericht erster Instanz in jedem [5]) Falle zuständig ist (§§ 767, 802 ZP.O.)[6])

---

[1]) Vergl. R.G., Bd. 45, S. 391 und Gaupp-Stein, An. V z. § 797.

[2]) Weißmann, Lehrbuch d. deutsch. Zivilprozeßrechts §§ 131, VI Nr. 3 und 142, IX Nr. 3.

[3]) Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.

[4]) A. M. Gaupp-Stein, An. V z. § 797.

[5]) Ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes.

[6]) Vergl. Seuff. Arch., Bd. 44, Nr. 236, Gaupp-Stein, An. III zu § 767.

2. Bei der Klage aus § 767 Z.P.O. ist nur zu prüfen, ob ein Urteil ergangen ist, bei der Gegenklage aus § 797 hingegen, ob die Urkunde die wesentlichen Erfordernisse gemäß § 794 Ziffer 5 Z.P.O. aufweist. Eine derartige Feststellung ist einem bloßen Parteiakt gegenüber, auf den das Prinzip des formalen Rechtsbestandes nicht ausgedehnt ist, unerläßlich. Sind die Formvorschriften des § 794 Ziffer 5 Z.P.O. nicht gewahrt,[1]) so ist die Gegenklage überhaupt nicht zulässig und ohne weiteres abzuweisen. Sie setzt eine formell gültige Urkunde voraus. Bei Ungültigkeit der Urkunde ist der Schuldner auf eine Erinnerung gemäß §§ 732, 766 Z.P.O. beschränkt.

Das Gegenklageverfahren selbst zeigt keine besonderen Abweichungen; gemäß §§ 795, 767 kommen die allgemeinen Vorschriften der Z.P.O. zur Anwendung.

§ 10.

Rechtliche Natur der Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden.

Die rechtliche Natur der Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden wird in der Literatur fast durchgängig nicht besonders erörtert. Theorie und Praxis verweisen gewöhnlich auf die analoge Anwendung des § 767 Z.P.O. Mit der entsprechenden Anwendung ist aber für die rechtliche Konstruktion der Gegenklage bei vollstreckbaren Urkunden wenig Positives gewonnen. Im § 767 heißt es nur: „Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch sind im Wege der Klage geltend zu machen." Nach diesem Wortlaut ist die entsprechende Anwendung des § 767 dahin zu verstehen, daß materielle Einwendungen gegenüber vollstreckbaren Urkunden gleichfalls durch Klage erhoben werden müssen. Eine besondere Regelung hat jedoch diese Klage[2]) im Gesetz nicht erfahren. Sie ist deshalb unter Berücksichtigung der rechtlichen Natur vollstreckbarer Urkunden selbständig zu entwickeln. Mit der Klage aus § 767 Z.P.O. steht sie nicht auf gleicher Stufe; beide Klagen lassen sich nicht mit einander verquicken. Der Ausgangspunkt, die Vollstreckungsgrundlage,[3]) ist hier ein ganz anderer wie im § 767. Dort liegt eine Entscheidung [4]) vor, die durch Wegfall oder Modifikation des in ihr festgestellten Anspruchs un-

[1]) Ist die Urkunde z. B. über den Anspruch aus einem Schiffspfandrecht errichtet.

[2]) Ebenso wie die im § 767 Z.P.O.

[3]) Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 80, S. 141.

[4]) Rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare.

richtig geworden und durch Aufhebung oder Abänderung mit der materiellen Rechtslage in Einklang zu bringen ist. Bei vollstreckbaren Urkunden ist eine Feststellung der Forderung durch den Richter überhaupt nicht erfolgt. Etwas Rechtskräftiges ist gar nicht vorhanden, mag die vollstreckbare Urkunde als prozessualer Vertrag oder als einseitige Erklärung aufgefaßt werden. Der Gläubiger bleibt jeder Zeit berechtigt, seine Ansprüche aus der Urkunde im Wege des Prozesses zu verfolgen. Dem rechtskräftigen Urteil ist die vollstreckbare Urkunde nur gleichzustellen, soweit besondere Bestimmungen vorhanden oder ihre rechtliche Natur nicht entgegensteht. Gemäß §§ 704, 794 Z.P.O. ist ihr mit dem Urteil nur die Fähigkeit, als Grundlage der Zwangsvollstreckung zu dienen, gemeinsam. Der Gläubiger hat nur die Möglichkeit ohne Prozeß zu vollstrecken; andere Vorteile gewährt ihm die Urkunde im allgemeinen nicht. Sein Anspruch ist wie jeder andere, der nicht rechtskräftig festgestellt, zu behandeln; er besteht nur soweit und solange, als ihn der Schuldner nicht bestreitet; im Gegenklageprozeß soll zum ersten Male über die Forderung entschieden werden. Die Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden ist also eine reguläre Kläge, kein besonderer Rechtsbehelf. Sie kann sich grundsätzlich je nach Lage des Prozeßstoffes verschieden gestalten. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Urkunde, selbst wenn sie nichtig [1]) ist, formell einen vollstreckbaren Titel enthält, den die Vollstreckungsorgane beachten müssen, solange er nicht in irgend einer Weise beseitigt ist. Diese Kraft ist der Urkunde im Gegenklageprozeß zu entziehen. Es fragt sich nur, in welcher Form die Gegenklage anzustrengen ist, um in jedem Falle die Weiterwirkung der Urkunde zu verhindern, um eine Entscheidung zu erwirken, die Einstellung oder Aufhebung der Zwangsvollstreckung ermöglicht.

Eine Leistungsklage kommt kaum in Frage. Der Schuldner begehrt keine Leistung; er will wissen, ob er selbst auf Grund der Urkunde zu einer Leistung verpflichtet ist. Er könnte nur auf Herausgabe der Urkunde klagen und durch Vorlegung des Urteils die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung verhindern. Auch versagt die Klage, sobald eine Ausfertigung noch nicht erteilt ist. In jedem Falle ist der Gläubiger, auch wenn er im Gegenklageprozeß unterliegt, in der Lage, einen besonderen Prozeß über die Forderung anzustrengen. Infolgedessen müßte der Schuldner mit der Leistungsklage stets eine Feststellungsklage aus § 256 Z.P.O. verbinden.

[1]) Nach dem Prinzip des formalen Rechtsbestandes.

Eine Rechtsgestaltungsklage liegt hier nicht vor. Sie bezweckt regelmäßig eine unmittelbare Änderung der Rechtslage. Durch die Entscheidung, welche auf sie ergeht, soll ein neuer Rechtszustand geschaffen werden.[1]) Eine Aufhebung oder Abänderung vollstreckbarer Urkunden ist aber durch Urteil nicht möglich. Es handelt sich um Rechtsgeschäfte, deren Inhalt nur durch Parteivereinbarung verändert werden kann. Bei Einwendungen jeglicher Art ist immer nur ein Konstatieren bestimmter Mängel oder Änderungen im Anspruch oder Exekutionsvertrag denkbar. Die Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden ist hiernach als Feststellungsklage [2]) aufzufassen. Sie fällt aber nicht mit der allgemeinen Feststellungsklage aus § 256 Z.P.O. zusammen. Ihre Zulässigkeit ist grundsätzlich nicht durch den Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses bedingt.

Es bleibt hier nur hervorzuheben, daß im Gegenklageprozeß gegenüber vollstreckbaren Urkunden eine Widerklage möglich ist, falls die besonderen Voraussetzungen des § 33 Z.P.O. vorliegen.[3]) Die prinzipielle Voraussetzung einer regulären Hauptklage [4]) ist hier im Gegensatz zur Gegenklage aus § 767 Z.P.O., einem bloßen Rechtsbehelf,[5]) erfüllt. Ausnahmevorschriften, die ihre Zulässigkeit beschränken oder ausschließen, bestehen nur in Ehesachen, in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstand haben, im Urkunden- und Wechselprozeß, in Entmündigungssachen sowie bei Anfechtung einer Todeserklärung (§§ 595, 615, 633, 638, 640, 667, 679, 684, 686 und 975 Z.P.O.).

§ 11.

Klagegrund, Inhalt der Entscheidung.

Der Gegenklage sind bei vollstreckbaren Urkunden keinerlei Schranken gezogen.[6]) Durch Aufhebung der zeitlichen Grenze aus

---

[1]) Vergl. Kisch, a. a. O. S. 76, 165.

[2]) So auch RG., Bd. 45, S. 392 und Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 80, S. 141 ff.

[3]) Der § 33 regelt nur den Gerichtsstand, nicht auch die Zulässigkeit der Widerklage. (Vergl. Löning in Zeitschr. für Zivilpr., Bd. 4, S. 57 ff. und Gaupp-Stein, An. I zu § 33.)

[4]) Gültige Hauptklageerhebung ist nicht erforderlich. (Gaupp-Stein, Anm. II Nr. 1 und 2 zu § 33.)

[5]) Eine Widerklage ist auch nicht mit Zustimmung des Schuldners zulässig; analoge Anwendung des § 529 Abs. 2 Z.P.O. ist hier ausgeschlossen.

[6]) Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 80, S. 141.

§ 767 Abs. 2 Z.P.O., die mit Rücksicht auf die Vertragsnatur exekutorischer Urkunden erfogen mußte (§ 797 Abs. 4), kommen bei ihr auch Tatsachen in Frage, die bei oder vor Errichtung der Urkunde vorhanden waren. Infolge dieser unbeschränkten Zulässigkeit materieller Einwendungen ergeben sich bei der Klagebegründung und Entscheidung folgende Eigentümlichkeiten:

I. Die Klage aus § 767 Z.P.O. berührt die Gültigkeit des Urteils überhaupt nicht. Im Gegenklageprozeß gegenüber vollstreckbaren Verträgen [1]) darf der Schuldner die Urkunden selbst [2]) anfechten. Hierbei sind Anspruch und Unterwerfungsvertrag auseinander zu halten.

Soweit die Urkunde den Anspruch betrifft, unterliegt sie grundsätzlich der Anfechtung im Wege der Gegenklage. Es macht keinen Unterschied, ob der Anspruch außerhalb der Urkunde entstanden, also eine bloße Beweisurkunde vorliegt, oder in der Urkunde begründet worden ist (abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis). In jedem Falle ist die Erklärung des Schuldners ein Rechtsgeschäft und alleinige Grundlage der Zwangsvollstreckung. Er kann also Nichtigkeit gemäß §§ 104 ff., 134, 138, 656 Abs. 2, 762 bis 764 B.G.B. sowie § 66 des Gesetzes vom 22. Juni 1896, Anfechtbarkeit gemäß §§ 118, 119, 123 B.G.B., Eintritt einer auflösenden. Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung einwenden. Ist der Anspruch in der Urkunde geschaffen oder sind neben dem referierenden Teil der Urkunde Kündigungs-, Zahlungsbedingungen oder andere Modalitäten aufgenommen, so kommt auch Fehlen der Willensübereinstimmung [3]) (Dissens), Simulation und Unwirksamkeit gemäß §§ 108, 117, 145 ff., 1829 B.G.B. in Betracht.

Anfechtung der prozessualen Erklärung, der Unterwerfungsklausel, erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes im Wege der Gegenklage nicht ohne weiteres zulässig. In den §§ 767, 797 Z.P.O. ist nur von Einwendungen gegen den Anspruch selbst die Rede. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Unterwerfungsklausel nicht selbständiger Natur ist. Sie gewährt dem Gläubiger nur ein prozessuales Neben-

[1]) Die Gegenklage entspricht hier der römisch-rechtlichen revocatio in duplum; sie war aber bei der confessio in iure nicht zulässig. Vergl. Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. XIV, S. 350.

[2]) Petersen, Z.P.V., An. 2 z. § 797. Kohler in Zeitschr. für Zivilpr., Bd. 29, § 19, S. 46; Gaupp-Stein, Z.P.O., Vorbem. VI, Nr. 3 zu § 704.

[3]) Regelmäßig wird aber die Annahme der Erklärung durch Besitz der Urkunde vermutet. Vergl. S. 25.

recht, sie bildet nur ein besonderes Attribut. Die Forderung erhält durch den Unterwerfungsvertrag eine neue, wertvolle Eigenschaft.[1]) Mithin ficht der Schuldner durch Einwendungen gegen die Unterwerfungserklärung oder den Unterwerfungsvertrag den Anspruch selbst in einer bestimmten Richtung, in seiner Vollstreckbarkeit, an. Außerdem ist unter dem „durch Urteil festgestellten" Anspruch im § 767 Z.P.O. nur der vollstreckbare Anspruch zu verstehen; ihm entspricht im § 797 der durch Exekutionsvertrag vollstreckbar gewordene Anspruch. Eine andere Auffassung ist auch aus praktischen Gründen nicht annehmbar. Wie sollte der Schuldner Einwendungen gegen den Exekutionsvertrag geltend machen? Die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage findet auf vollstreckbare Urkunden keine Anwendung.[2]) Ein Ersatz, wie er gewissen Entscheidungen gegenüber in der sofortigen Beschwerde im § 577 Abs. 2 Z.P.O. geschaffen, ist hier nicht vorgesehen. Die Klage aus § 256 Z.P.O. gewährt dem Schuldner keinen ausreichenden Schutz. In diesem Feststellungsverfahren ist vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht möglich. Es bleibt also nur die Erinnerung aus § 732 oder 766 Z.P.O. übrig. Sie ist aber nach den Ausführungen im § 9 auf formelle Mängel der Vollstreckungsgrundlage zu beschränken.[3]) Die Feststellung, ob dem formellen Vollstreckungstitel ein gültiger Exekutionsvertrag zu Grunde liegt, gebührt ebenso wie die Entscheidung über die Nichtigkeit eines Urteils[4]) billigerweise dem Prozeßgericht.

Gegen die Unterwerfungserklärung und den Unterwerfungsvertrag sind im allgemeinen die gleichen Einwendungen wie bei der materiellen Erklärung gegeben.[5]) Besonders hervorzuheben ist hier die Simulation.[6]) Nicht selten errichten Eheleute vollstreckbare Urkunden über fingierte Forderungen, um bei Eintritt schlechter Vermögenslage ihre Gläubiger zu benachteiligen. Der Exekutionsvertrag ist auch nichtig, sobald die materielle Erklärung ungiltig

---

[1]) Es ist hier ähnlich wie bei Einkleidung eines Rechtsgeschäfts in die abstrakte Form.

[2]) Petersen, Z.P.O. An. 2 zu § 797.

[3]) Zumal die einseitige Erklärung des Schuldners als formelle Grundlage der Zwangsvollstreckung genügt.

[4]) §§ 578 ff. Z.P.O.

[5]) Häufig vermag der Schwängerer die Bedeutung und Tragweite der Unterwerfungsklausel nicht zu verstehen.

[6]) Vergl. Zeitschr. f. Zivilpr., Bd. 16 S. 453 und Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 80 S. 143 ff.

ist. Er ist als bloßes accessorium durch die Hauptforderung bedingt.

Die Beweislast hat in allen vorgenannten Fällen der Schuldner. Er muß gegenüber der formell giltigen Urkunde dartun, daß die materielle oder prozessuale Erklärung nichtig oder unwirksam, die Bedingung eingetreten oder nicht eingetreten ist.

Greifen die Einwendungen in materieller oder prozessualer Hinsicht durch, so darf aus der Urkunde nicht vollstreckt werden, selbst wenn der Anspruch außerhalb der Urkunde zu Recht besteht. In jedem Falle fehlt die Grundlage der Zwangsvollstreckung. Hier ist zu entscheiden, daß dem Gläubiger Ansprüche aus der Urkunde nicht oder nicht mehr [1]) zustehen.[2]) Ist die gesamte Erklärung nichtig oder mit Erfolg angefochten, so ist aus praktischen Gründen gleichzeitig die Urkunde für nichtig zu erklären.[3]) Der Gläubiger braucht aber, falls über die Forderung nicht entschieden worden, keine besondere Klage anzustrengen. Er ist in keiner Weise gehindert, seine Forderung im Wege der Widerklage geltend zu machen. Es liegt ein vom Hauptanspruch verschiedener Anspruch vor.[4]) Der Schuldner erhebt hier nur Einwendungen gegen die Beweisurkunde, den abstrakten Vertrag oder die Unterwerfungsklausel, also nur gegen die Vollstreckbarkeit der Forderung. Die sogen. causa der Urkunde wird hier überhaupt nicht bestritten. Dem Gläubiger steht es frei, Feststellung des Anspruches oder Verurteilung zur Leistung zu begehren.

II. Der Schuldner kann die Gegenklage auch auf etwaige besondere Abmachungen, die bei Errichtung der Urkunde getroffen worden sind, stützen. Beziehen sie sich nur auf die materielle Erklärung, so sind sie bei einer Beweisurkunde zu berücksichtigen. Dem Schuldner muß im Gegenklageprozeß die Möglichkeit gegeben sein, nach jeder Richtung hin geltend zu machen, daß der in der Urkunde bezeichnete Anspruch zur Zeit oder in der behaupteten Form nicht besteht. Bei abstrakten Rechtsgeschäften, die erst in

---

[1]) Z. B. bei Eintritt einer auflösenden Bedingung.

[2]) Man könnte auch tenorieren: Die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde ist unzulässig. Doch empfiehlt es sich, diese Fassung der Urteilsformel zu vermeiden; durch die erstere wird insbesondere der materielle Charakter der Gegenklage besser hervorgekehrt.

[3]) Auch ohne besonderen Antrag.

[4]) Gaupp-Stein, Z.P.O., An. I zu § 33 hält der Feststellungsklage (Hauptklage) gegenüber eine Widerklage auf Leistung für zulässig, auch wenn beide Ansprüche auf demselben Rechtsverhältnis beruhen.

der Urkunde begründet worden, sind Nebenabreden grundsätzlich nicht zuzulassen. Widersprechen sie dem Inhalt der Urkunde, so ist unter Umständen das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Ergänzen sie ihn nur, so wird zunächst vermutet, daß der beurkundete Vertrag die Willenseinigung der Parteien vollständig enthält. Etwaige Modalitäten, die regelmäßig bei Rechtsgeschäften der beurkundeten Art wiederkehren, vor allem Kündigungs- und Zahlungsbedingungen, wird man gewöhnlich gelten lassen, falls sie überhaupt in der Urkunde fehlen. In diesem Falle ist jedoch gemäß § 154 B.G.B. zu prüfen, ob sich die Parteien über alle Punkte, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in der Urkunde geeinigt haben. Ist diese Einigung nicht erfolgt, so gilt der gesamte Vertrag als nicht geschlossen.[1]) Sind bestimmte Bedingungen in die Urkunde aufgenommen, so kann sich der Schuldner auf abweichende nur mit der Begründung berufen, daß die in der Urkunde aus bestimmten Gründen nicht gelten sollten; ihm liegt der Nachweis ob, daß seine Erklärungen in der Urkunde auf Irrtum, Dolus, Simulation etc. beruhen und rechtzeitig angefochten sind, falls die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist.[2]) Daß sämtliche Modalitäten beurkundet werden, ist nicht erforderlich. Der § 794 Z.P.O. bestimmt nur, daß sich der Schuldner wegen eines bestimmten Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen hat. Der Gläubiger ist aber niemals berechtigt, auf Nebenabreden die Vollstreckung zu stützen. Er darf sie auch im Gegenklageprozeß nur zur Abwehr der vom Schuldner vorgebrachten Einwendungen geltend machen. Er will eine Entscheidung, daß die Vollstreckung aus der Urkunde zu Recht erfolgt, erwirken. Die Zwangsvollstreckung ist aber nur zulässig, soweit der Anspruch nach dem Inhalt der Urkunde besteht. Die Urkunde allein bildet ebenso wie das Urteil die Grundlage. Ist der Anspruch auf Grund etwaiger Nebenabreden entgegen dem Inhalt der Urkunde begründet,[3]) so ist die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde nicht zulässig. Die Gegenklage dringt auch hier durch. In sämtlichen vorerwähnten Fällen ist, falls der

---

[1]) Vergl. Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1907, Bd. I, S. 137, 163.

[2]) Diese Ausführungen stehen nicht mit der Reichsgerichtsentscheidung vom 9. X. 1909 (R.G., Bd. 72, S. 22 ff.) im Widerspruch.

[3]) War z. B. ein früherer Kündigungstermin wie der in der Urkunde angegebene vereinbart worden, und zwar unter bestimmten Voraussetzungen; vergl. R.G., Bd. 72 S. 22 ff.

Schuldner die behaupteten Nebenabreden dartut, zu entscheiden, daß dem Gläubiger Ansprüche aus der Urkunde überhaupt oder zur Zeit nicht zustehen.

Betreffen die Nebenabreden den prozessualen Teil der Erklärung, so kommen sie grundsätzlich nicht in Betracht. Die Unterwerfungsklausel, also auch der Unterwerfungsvertrag, sind an einen bestimmten Inhalt gebunden; die strikten Vorschriften der Zivilprozeßordnung dürfen durch Nebenabreden nicht umgangen werden.[1]) Insbesondere ist Verzicht auf die Gegenklage ausgeschlossen.[2]) Der Gläubiger könnte jedoch mit dem Schuldner vereinbaren, er werde unter bestimmten Voraussetzungen von der Urkunde keinen Gebrauch machen.[3]) Wendet der Schuldner derartige Abmachungen mit Erfolg ein, so ist die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde überhaupt oder zur Zeit für unzulässig zu erklären. Sind in diesem Falle nur Einwendungen gegen den Exekutionsvertrag geltend gemacht, so ist aus den unter Nr. I angeführten Gründen Widerklage auf Feststellung der Forderung oder auf Leistung zulässig.

III. Mit Rücksicht auf § 797 Abs. 4 Z.P.O. ist der Schuldner nicht gehindert, das gesamte Schuldverhältnis, welches der Forderung des Gläubigers zu Grunde liegt, nach jeder Richtung hin aufzurollen. Hierbei sind abstrakte und konkrete Schuld zu trennen.

a) Dem konkreten Schuldverhältnis gegenüber kann der Schuldner einwenden, daß die Forderung ganz oder zum Teil nicht entstanden ist oder nicht entstehen konnte. Er ist aber nicht verpflichtet, die Nichtexistenz der Forderung darzutun. Der Gläubiger hat wie bei jeder Feststellungsklage zu beweisen, daß der Anspruch entstanden ist.[4]) Der Schuldner darf sich also bei Begründung der Klage auf Bestreiten der Tatsache beschränken, die nach dem Inhalt der Urkunde den Anspruch erzeugt haben. Behauptet er Tatsachen, nach denen die Forderung nicht entstehen konnte (rechtshindernde), so trifft ihn die Beweislast. Beruht der Anspruch auf einem Schuld-

---

[1]) Die Parteien würden dadurch erreichen, daß privatschriftliche oder mündliche Vereinbarungen die gleiche Wirkung wie die in der Urkunde enthaltenen erlangten. Die privaten guarantigierten Urkunden, die im italienischen Recht vorkamen, sind im Interesse des Schuldners nicht mehr zulässig.

[2]) Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 39 und Bd. 80, S. 147.

[3]) Häufig werden die Nebenabreden nur einen Vollstreckungseinwand aus § 766 Z.P.O. begründen.

[4]) Flechtheim, a. a. O. S. 424, 442.

vertrage,[1]) so kann der Schuldner Nichtigkeit des Vertrages gemäß §§ 104 ff., 117, 118, 134, 138 B.G.B., nicht erfolgte Willeneinigung (Dissens), Fehlen eines klagbaren Anspruches gemäß §§ 656 Abs. 2, 762 bis 764 B.G.B. sowie § 66 des Gesetzes vom 22. Juni 1896, Anfechtbarkeit des Vertrages wegen Irrtums, Arglist oder Zwanges gemäß §§ 119, 123 B.G.B. geltend machen. Die Beweislast regelt sich hier nach den allgemeinen Grundsätzen, liegt also dem Schuldner ob. Der Gläubiger braucht hier nur die Tatsachen, welche regelmäßig die Entstehung des streitigen Anspruchs bedingen (rechtserzeugende Tatsachen), zu behaupten und zu beweisen. Diesen Beweis wird er gewöhnlich durch Berufung auf die Urkunde erbringen. In den vorgenannten Fällen ist zu erkennen, daß dem Gläubiger Ansprüche aus der Urkunde nicht zustehen. Gleichzeitig ist die Urkunde für nichtig zu erklären. Bei Abschluß des Exekutionsvertrages war kein Anspruch vorhanden; der mit Erfolg angefochtene Schuldvertrag ist ebenfalls von Anfang an nichtig.

In gleicher Weise ist zu entscheiden, falls der in der Urkunde bezeichnete Anspruch bei Begründung des Exekutionsvertrages nur zum Teil bestand. Haben die Parteien beispielsweise einen Exekutionsvertrag über eine Darlehnsforderung von 10 000 Mark [2]) geschlossen, obwohl nur ein Darlehn von 5000 Mark gewährt war,[3]) so ist er formell richtig beurkundet; die Urkunde entspricht allen Anforderungen. Materiell ist aber der Unterwerfungsvertrag ungültig. Der Anspruch, über den er errichtet ist, existiert nicht. Es besteht nur ein Darlehn über 5000 Mark. Über einen nicht vorhandenen Anspruch können aber die Parteien keinen gültigen Exekutionsvertrag schließen. Wollten die Parteien einen Exekutionsvertrag über 5000 Mark eingehen, so ist er gleichfalls ungültig. Hier liegen materiell die Voraussetzungen eines Exekutionsvertrages vor; die im § 794 Ziff. 5 Z.P.O. vorgeschriebene Form ist aber nicht gewahrt. Die Offerte zum Exekutionsvertrage muß genau in dem Umfange, in welchem sie angenommen ist, beurkundet sein. Die Parteien dürfen nicht nebenher vereinbaren, die Urkunde solle bis auf weiteres [4]) als

---

[1]) konkreten.

[2]) Die Urkunde lautet gleichfalls über ein Darlehen von 10 000 Mark: ein abstraktes Schuldbekenntnis ist nicht begründet worden.

[3]) Der Fall tritt bei vollstreckbaren Urkunden über Darlehensansprüche nicht selten ein.

[4]) Z. B. bis zur Zahlung des vollen Darlehens.

vollstreckbarer Titel über einen niedrigeren Betrag wie in der Urkunde angegeben gelten. Die Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren sind durchweg zwingendes Recht. Eine vertragsmäßige Einwirkung der Parteien ist unzulässig. Gestattet sie das Gesetz ausnahmsweise, so ist sie auch nur innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen unter strikter Erfüllung der von ihm gegebenen Voraussetzungen möglich.[1]) Die Zivilprozeßordnung verlangt im § 794 Ziff. 5, daß sich der Schuldner wegen eines genau bestimmten Anspruchs der Zwangsvollstreckung unterwirft. Diese vollstreckbare Verpflichtung muß in der Urkunde aufgenommen sein. Das Gesetz bringt hierbei ganz unzweideutig zum Ausdruck, daß so tief einschneidende Rechte, die der Schuldner dem Gläubiger ohne Prüfung durch den Richter gewährt, in eine sichere, feste Form gekleidet werden sollen.

Ist die Forderung bei Begründung des Exekutionsvertrages existent, so kommen nur sogen. Gegenrechte aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis in Betracht. Zu erörtern sind hier insbesondere die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages (Mängel im Recht oder an der Sache), Rücktrittsrecht, Wandlung, Minderung, Zurückbehaltungsrecht sowie Verjährung. Der Schuldner begibt sich durch Abschluß des Exekutionsvertrages dieser Rechte nicht. Es ist grundsätzlich nicht anzunehmen, daß er auf sie verzichten wollte, selbst wenn sie ihm bei Ausstellung der Urkunde bekannt waren. Der Exekutionsvertrag ist auf das Schuldverhältnis ohne Einfluß. Der Gläubiger erlangt nur die Möglichkeit, seine Forderung ohne Prozeß zu vollstrecken. Alle Vor-, Bei- und Nebenrechte, aber auch alle Mängel, die der Forderung bei Begründung der Urkunde anhafteten, bleiben unberührt. Sie dürfen, falls der Gläubiger die Forderung im Prozeßwege geltend macht, erhoben werden. Infolgedessen sind sie in diesem Prozeß, den der Schuldner herbeigeführt, gleichfalls zuzulassen.

In sämtlichen vorgenannten Fällen ist der Exekutionsvertrag gültig.[2]) Dem Gläubiger stehen jedoch, falls Rücktrittsrecht, Wand-

[1]) Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 42, S. 121 ff.

[2]) Auch wenn der Anspruch verjährt ist. Mit der Verjährung erwirbt der Schuldner gemäß § 222 B.G.B. nur das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern. Bei Abschluß des vollstreckbaren Vertrages besteht also die Forderung zu Recht; ob sie der Gläubiger mit Erfolg geltend machen kann, ist unerheblich Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist zulässig. Er wird anzunehmen sein, falls die Verjährung dem Schuldner bei Abschluß des Exekutionsvertrages bekannt war (vergl. Planck, An. 1 zu § 222).

lung, Minderung oder Verjährung den Klagegrund bilden, Ansprüche aus der Urkunde nicht mehr oder nur in bestimmter Höhe zu. Greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder ein Zurückbehaltungsrecht durch, so ist nur auf Leistung Zug um Zug gegen Erfüllung der Gegenleistung zu erkennen. Grundlage der Vollstreckung bleibt in diesem Falle die Urkunde. Die Forderung bestand bei ihrer Begründung zu Recht. Aufnahme der Gegenansprüche in die Urkunde bedurfte es nicht; sie sind nur einredeweise zu berücksichtigen. Wie im Hauptprozeß, soll auch im Gegenklagenprozeß klar gestellt werden, inwieweit die zunächst begründete Forderung durch Gegenrechte aufgehoben oder eingeschränkt ist.

b) Ist der Anspruch in der Urkunde begründet worden (abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis), so kann der Gläubiger auf das Kausalgeschäft zurückgreifen. Er darf aber nur Fehlen, Wegfall oder Nichtigkeit der causa geltend machen. Andere Einwendungen [1]) sind hier ausgeschlossen. Der Schuldner hat durch vorbehaltloses Anerkenntnis auf ihre Geltendmachung verzichtet. Ist das Kausalgeschäft nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff. B.G.B.) nicht oder zum Teil nicht entstanden, also der abstrakte Vertrag ohne rechtlichen Grund geschlossen, ist die vorhandene causa fortgefallen oder der nach dem Inhalt des abstrakten Geschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten (§ 812 B.G.B.), so wird an der Rechtsgültigkeit der abstrakten Verpflichtung nichts geändert. Das abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis begründet ohne Rücksicht auf seine causa eine Verbindlichkeit, sobald es in Schriftform abgegeben ist (§§ 780, 781 B.G.B.). Die Leistung ist hier eine streng einseitige und beziehungslose; jede Gegenleistung ist begrifflich ausgeschlossen.[2]) Der abstrakte Vertrag wird deshalb zu den Leistungsgeschäften gerechnet.[3]) Der Schuldner hat beim Fehlen oder Wegfall der causa nur einen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung. In diesem Falle ist zu tenorieren, daß dem Gläubiger Ansprüche aus der Urkunde nicht zustehen. Der Exekutionsvertrag selbst wird dadurch nicht anfechtbar.

Verletzt das Kausalgeschäft eine allgemeine zwingende Rechts-

---

[1]) Insbesondere Mängel an der Sache oder im Recht.

[2]) Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerl. Rechts, 1906, S. 234 ff.

[3]) Planck, B.G.B., An. zu §§ 780, 781; Staudinger, B.G.B., An. zu §§ 780, 781.

vorschrift, so zieht es die Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts nach sich. Infolgedessen kann der Ehemaklerlohn (§ 656 Abs. 2 B.G.B.) durch Einkleidung in ein abstraktes Geschäft keinen klagbaren Anspruch begründen. Desgleichen ist ein abstraktes Geschäft, dessen causa eine Spiel-, Wettschuld oder ein Differenzgeschäft bildet, nichtig. Streit herrscht über die Behandlung der Fälle, in denen die causa gegen die §§ 134, 138 B.G.B. verstößt. Nach der einen Ansicht steht dem Schuldner nur ein Bereicherungsanspruch zu.[1]) Sie ist aber mit dem Zweck der §§ 134, 138 unvereinbar. Beide Vorschriften enthalten zwingende Normen, die illusorisch wären, wenn sie durch Abstraktion der gesetzwidrigen oder unsittlichen causa umgangen werden könnten. Daher ist der Gegenansicht beizutreten. Nach ihr ist ein gegen die §§ 134, 138 verstoßendes abstraktes Geschäft nichtig, auch wenn dieser Verstoß aus dem abstrakten Akte selbst nicht hervorgeht. In den vorstehend aufgeführten Fällen ist in Ermangelung einer Forderung der Exekutionsvertrag nichtig, mithin im Urteil auszusprechen, daß kein Anspruch besteht und die Urkunde ungültig ist.

IV. Einwendungen, die Wegfall, Hemmung oder Veränderung der in der Urkunde bezeichneten abstrakten oder konkreten Forderung betreffen,[2]) bedürfen im allgemeinen keiner Erörterung. Sie sind in gleicher Weise wie beim Urteil zulässig. Beweispflichtig ist auch hier stets der Schuldner. Die Entscheidung ist durchweg dahin zu fassen, daß dem Gläubiger Rechte aus der Urkunde nicht mehr oder zur Zeit nicht zustehen. Eine Zug- um Zug-Verurteilung ist nicht möglich, falls Vergleich oder andere Leistungsmodalitäten eingewendet werden. Die Urkunde kann hier nicht mehr als Grundlage der Zwangsvollstreckung dienen; der Anspruch, den der Gläubiger jetzt verfolgt, ist in ihr nicht enthalten.[3]) Er muß also eine besondere Klage anstrengen oder seine Ansprüche im Wege der Widerklage geltend machen. Die Widerklage ist hier zulässig; der mit der Gegenklage erhobene Anspruch ist mit dem Hauptanspruch nicht identisch.

---

[1]) Staudinger, B.G.B., An. IV, Nr. 1 zu § 780; Eccius in der deutsch. Jurist.-Ztg., Jahrg. 1903, S .42; R.G., Bd. 63, S. 184 ff.; Bd. 64, S.148 ff.; Planck, B.G.B., An. 3 zu § 780; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, An. 4 zu § 817.

[2]) Z. B. Zahlung, Eintritt einer auflösenden, Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung, Stundung, Vergleich, Vereinbarung anderer Kündigungs- oder Zahlungsbedingungen.

[3]) E. d. R.G., Bd. 72, S. 22 ff.

Ist die Hauptforderung durch Vergleich nur reduziert, so darf aus der Urkunde in Höhe der Vergleichssumme weiter vollstreckt werden.

V. Der Gläubiger ist berechtigt, seinen Anspruch aus der Urkunde im Wege des ordentlichen Prozesses zu verfolgen. Die Urkunde gibt ihm nur einen Vollstreckungstitel, keine definitive Feststellung über die Forderung. Hatte er in jenem Prozeß ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, so kann der Schuldner im Gegenklageprozeß die exceptio rei iudicatae erheben.[1]) Er darf sie aber nur auf ein abweisendes Sachurteil [2]) stützen; eine formelle Entscheidung steht der Vollstreckung aus der Urkunde nicht entgegen. Dringt die Einrede durch, so ist zu entscheiden, daß dem Gläubiger keine Rechte aus der Urkunde zustehen.

§ 12.

Wirkungen des Urteils.

Auch bei der vollstreckbaren Urkunde kommen Haupt- und Nebenwirkungen des Gegenklageurteils in Betracht. Bei den Haupt- oder Rechtskraftwirkungen ist hier nur hervorzuheben, daß sie auch im Hauptprozesse [3]) eintreten, den der Gläubiger trotz der vollstreckbaren Urkunde etwa angestrengt hat. Ist der Schuldner mit der Gegenklage durchgedrungen, aber nur über den vollstreckbaren Vertrag [4]) entschieden, oder die Gegenklage abgewiesen [5]) worden, so steht der Hauptklage die Rechtskraft grundsätzlich nicht entgegen. Steht jedoch im Gegenklageurteil fest, daß der Anspruch nicht entstanden, erloschen oder modifiziert ist, so ist die Hauptklage angebrachtermaßen oder endgültig abzuweisen.

Nebenwirkungen kommen nur auf formellem Gebiete bei Gültigkeit des vollstreckbaren Vertrages, also in den im § 11 erörterten Fällen zu II bis V in Betracht. Die Wirksamkeit der Zwangsvollstreckung bleibt hier ebenso wie beim Urteil unberührt; die Aufhebung erfolgt gemäß §§ 775, 776 Z.P.O. Ist dagegen der Exekutionsvertrag nichtig

---

[1]) Er kann auch Einstellung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 775, 776 Z.P.O. durch Vorlegung des Haupturteils beantragen.

[2]) Daß der Anspruch (eadem res vorausgesetzt) überhaupt nicht, zur Zeit nicht oder in der begehrten Form nicht besteht.

[3]) Vergl. oben Nr. V.

[4]) Nicht zugleich über den materiellen Anspruch.

[5]) Es besteht der bisherige Titel, der keine rechtskräftige Entscheidung enthält, weiter zu Recht.

oder zur Zeit der Vollstreckung nicht mehr gültig oder aufgehoben, wie im § 11 in den Fällen I und III ausgeführt, so ist die Pfändung formell und materiell unrechtmäßig und erzeugt überhaupt kein Pfandrecht.[1]) Das Gegenklageurteil bildet hier keine absolute Vorbedingung für die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln. Der Schuldner kann sie jederzeit ohne Urteil im Wege der Erinnerung gemäß § 766 Z.P.O. erwirken. Es fehlt eine wesentliche formelle Grundlage der Zwangsvollstreckung. Die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln durch das Vollstreckungsorgan hat rein formelle Bedeutung.

Schadenersatzansprüche sind wie beim rechtskräftigen Urteil nur aus §§ 226, 823, 826 B.G.B. möglich, also durch das Gegenklageurteil nicht bedingt. Der § 717 Z.P.O. scheidet hier aus. Er ist im § 795 Z.P.O. nicht in Bezug genommen. Analogie ist nicht angängig; es liegt keine Entscheidung vor.

§ 13.

Heilung der Mängel im Gegenklageverfahren.

Die Vollstreckungsmaßregeln bleiben in jedem Falle[2]) nach außen hin bestehen, bis sie aufgehoben sind. Infolgedessen erscheint bei der Vertragsnatur der vollstreckbaren Urkunde eine Heilung der Mängel, die dem Exekutions- oder Schuldvertrage[3]) anhaften, während des Gegenklageprozesses nicht ausgeschlossen.

Ist der Schuld- oder Exekutionsvertrag anfechtbar, erfolgt aber die Anfechtung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist oder verzichtet der Berechtigte auf das Anfechtungsrecht, so wird der Exekutionsvertrag endgültig wirksam[4]) und die Zwangsvollstreckung materiell rechtmäßig.

Tritt die aufschiebende Bedingung im Gegenklageverfahren ein, so ist der Klage das Fundament entzogen. Der Exekutionsvertrag war auch vor ihrem Eintritt wirksam.[5])

Ist das in der Urkunde genannte konkrete Schuldverhältnis nicht oder zum Teil nicht entstanden, das abstrakte oder konkrete

---

[1]) Eine etwaige Anschlußpfändung ist ohne weiteres nichtig.

[2]) Auch bei Nichtigkeit der Urkunde, vergl. S. 28, § 9 Nr. 2.

[3]) Beim Urteil kommt Heilung nur bei eingetretener Modifikation des Anspruchs, z.B. durch Erfüllung des nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung vereinbarten Vorleistung in Frage.

[4]) Vergl. S. 31 ff., 35 ff.

[5]) Vergl. S. 31.

nach den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff. B.G.B.) nichtig oder liegt dem Anspruch eine Spiel-Wettschuld oder ein Differenzgeschäft zu Grunde, so ist nur zu prüfen, inwieweit in diesen Fällen der nichtige Exekutionsvertrag heilbar ist. In Ermangelung besonderer Bestimmungen in der Z.P.O. ist auf die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Verträge zurückzugehen. Gemäß §§ 141 ff. B.G.B. kann ein nichtiger Vertrag nur durch erneuten Abschluß bestätigt werden. Die Parteien müssen also zunächst den früheren abstrakten oder konkreten Schuldvertrag erneuern. Bei einer Spiel-Wettschuld oder einem Differenzgeschäft, ebenso bei einem verbots- oder gesetzwidrigen Rechtsgeschäft [1]) ist Bestätigung gar nicht möglich. Liegt dem Anspruch ein Darlehnsvertrag zu Grunde, so ist ein realer Darlehnsvertrag [2]) zu begründen. Auch der Exekutionsvertrag bedarf des erneuten Abschlusses. Hier ist eine neue Exekutionsurkunde zu errichten oder z. B. im Falle eines nicht voll gewährten Darlehns nach Zahlung der Restsumme zu vereinbaren, daß jetzt der Vertrag als von neuem geschlossen gelte. Die Bestätigung hat rückwirkende Kraft (§§ 141 Abs. 2 B.G.B.); gleichwohl bleibt die vorgenommene Pfändung nichtig, sie ist auf Grund eines nichtigen Titels erfolgt.[3]) Daß der Exekutionsvertrag durch nachträgliche Entstehung der Forderung, überhaupt durch Heilung der Mängel im Anspruch ohne weiteres wirksam geworden, dafür ist weder in der Z.P.O. noch im B.G.B. ein Anhalt zu finden. Im B.G.B. sind die Fälle, in denen ein nichtiges Rechtsgeschäft geheilt werden kann, ausdrücklich hervorgehoben. So wird der privatschriftliche Kaufvertrag durch die Auflassung, das formlose Schenkungsversprechen durch Vollziehung der Schenkung, das formwidrige Bürgschaftsversprechen mit der Erfüllung durch den Bürgen, die ohne Beobachtung der Form geschlossene Ehe durch Eintragung in das Heiratsregister voll wirksam. Eine analoge Anwendung auf andere Fälle ist unzulässig. Die nichtige Pfändung ist deshalb hier nicht zu beseitigen.

Ist beim abstrakten Schuldvertrage das Kausalgeschäft nicht oder zum Teil nicht entstanden, nichtig, anfechtbar oder eine Spiel-Wettschuld oder ein Differenzgeschäft, so steht grundsätzlich der

---

[1]) E. d. R.G., Bd. 64, S. 149.

[2]) Z. B. die fehlende Summe nachzuzahlen.

[3]) Kohler im Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 16.

Heilung nichts entgegen. Hier ist der abstrakte Vertrag gültig,[1]) also nur der Klage oder Einrede aus § 812 ff. B.G.B. unterworfen. Bei einem verbotswidrigen oder unsittlichen Geschäft, bei der Spiel-Wettschuld oder dem Differenzgeschäft ist jedoch die Bestätigung nicht möglich; sie ist also nur in den übrigen Fällen der Nichtigkeit, beim nicht oder zum Teil nicht entstandenen Anspruch sowie bei Anfechtbarkeit zulässig. Hier wird die Zwangsvollstreckung nach erfolgter Bestätigung auch materiell rechtmäßig.

[1]) Sofern nicht die causa unsittlich oder verbotswidrig ist und seine Nichtigkeit nach sich zieht.

Lebenslauf.

Am 11. Januar 1875 wurde ich in Clarencranst, Kreis Breslau, als Sohn des verstorbenen Erbscholtiseibesitzers Josef Scheffler und seiner gleichfalls verstorbenen Ehefrau Veronika, geb. Grünig geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte das Königliche St. Mathias-Gymnasium in Breslau, welches ich Ostern 1898 mit dem Reifezeugnis verließ. Hierauf studierte ich in Freiburg i. B. und Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 3. Juni 1901 bestand ich die erste, am 19. Januar 1907 die große Staatsprüfung. Seit dem 16. Juni 1910 bin ich Amtsrichter in Kattowitz O.-S.